

Anayasanın Yorumlanmasında Felsefi Yaklaşım: Ronald Dworkin'e Göre Anayasanın Ahlaksal Okunuşu

Philosophical Approach In The Interpretation Of The Constitution:
The Moral Reading Of The Consititon According To Norald Dworkin

Mehmet TURHAN
Çankaya Üniversitesi*

ÖZET Bu yazıda ilk olarak anayasalarda yer alan kuralların çok önemli olduğu ve bu nedenle iyi yazılmış bir anayasaya sahip olmanın gerekliliğinin inkar edilemeyeceği; ama anayasalarda yer alan kuralların yorumlanışlarının öneminin de yadsınamayacağı belirtilmiştir. Bu makalede Ronald Dworkin'in anayasaların ahlaksal okunuşuyla ilgili görüşleri açıklanmaya çalışılmıştır. Dworkin anayasal metne sadık kalırken, metnin yorumlanması yoluyla toplumdaki değişikliklerin yakalanabileceğini ileri sürmüştür. Bunu yazar "kavram" ve "anlayış" arasındaki farklılıkla gerçekleştirmektedir. Yazara göre Amerika Birleşik Devletleri Anayasasında yer alan soyut hükümler belirli "anlayışları" değil belirli bir "kavramları" göstermektedir. Bu nedenle bu soyut hükümler kurucuların o hükümlerle ilgili anlayışlarına göre yorumlanmamalıdır. Ahlaksal okuma bizlerin bu soyut hükümleri adalet ve siyasal ahlak konusunda çağırışında bulunduğu ahlaksal ilkeler anlayışı temelinde yorumlayıp uygulamamızı önermektedir. Ahlaksal okuma siyasal ahlakı anayasa hukukunun kalbine yerleştirmektedir. Bu ise ahlak felsefesiyle anayasa hukukunun birleşmesini gerektirmektedir. Dworkin'in felsefi yaklaşımına yöneltilen eleştiriler incelendikten sonra, bu yazıda bu yaklaşımın ülkemiz açısından değerlendirilmesine çalışılmıştır. Yazıda anayasaların ahlaksal okunuşlarının sağlıklı bir biçimde gerçekleşebilmesi için Amerika Birleşik Devletleri Anayasası gibi kısa, ayrıntılara girmeyen ve soyut ahlaksal ilkelerden oluşan bir anayasanın varolması gerektiği sonucuna varılmıştır.

ANAHTAR KELİMELER ahlaksal okuma, orijinalizm, yaşayan anayasa, çoğunlukçu demokrasi, ortaklık demokrasisi, ahlak felsefesi.

ABSTRACT In this article, first I state that the provisions of constitutions are very important and for that reason the importance of well-written constitutions cannot be denied; but interpretation of the provisions of the constitution is also incontrovertible. I tried to explain Ronald Dworkin's view concerning the moral reading of the Constitution. Dworkin alleged that while abiding by the provisions of the constitution, it is possible to catch the changes in the society. Dworkin makes this possible by making a distinction between "conception" and "concept". According to Dworkin abstract provisions of the United States Constitution cannot be treated as specific "conceptions". For this reason, the abstract provisions of the Constitution of the United States cannot be interpreted as if they are the conceptions of the constitution-makers. The moral reading proposes that we all interpret and apply these abstract clauses on the understanding that they invoke moral principles about political decency and justice. The moral reading therefore brings political morality into the heart of constitutional law. This means that ethical philosophy and constitutional law must fuse. After examining the criticisms of the Dworkin's philosophical approach to interpretation, I tried to appraise this approach from the viewpoint of Turkey. As a conclusion, I arrived to the view that in order to realize the moral reading, constitutions must be short and have abstract moral principles like the United States Constitution.

KEYWORDS moral reading, originalism, living constitution, majoritarian democracy, partnership democracy, moral philosophy.

* Prof Dr. Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

“Anayasamız özelemlerimizin çoban yıldızıdır. Okunmaya değer her metin gibi berrak değildir. İfadelelendirmeler geniştir ve hükümlerin sınırlandırılmaları açık bir biçimde belirtilmemiştir. Görkemli genellemeleri ve yüceltilmiş açıklamaları hem açık hem de muğlaktır. Bu anlam bulanıklığı elbette okuyucuyla metin arasında karşılıklı etkileşim olan yorum yapmayı gerektirmektedir.”¹

“Anayasa hukukunda liberal ilkelerin yeniden canlanmasına ihtiyaç duymaktayız. Geçmişin büyük yargıçlarının geleneğinde, liberal anayasal hukukun temellerini yeniden ifade eden, cesur ve etkili fikirlere ihtiyacımız var.”²

Hiç kuşkusuz anayasa hukukunda anayasalarda yer alan kuralların önemi büyüktür ve bu nedenle de iyi yazılmış bir anayasaya sahip olmak önemlidir. Ancak anayasalarda yer alan kurallar kadar bu kuralların yorumlanılışlarının önemi de yadsınamaz. Anayasalar, genel olarak doğrudan uygulanabilir kurallar içermezler. Anayasa kurallarının uygulanabilmesi için somutlaştırılmaları gerekir ki, bu da anayasaların yorumlanması demektir.³

Anayasa hukukunda anayasa kurallarının yorumlanmasında yorumu yapanların birbirlerinden farklı farklı anlamlar çıkarması mümkündür. Buna bir örnek olarak Anayasa Mahkemesinin kararlarını verebiliriz. 1961 ve 1982 Anayasalarında din ve vicdan özgürlüklerinin düzenlenişi aynıdır. Ancak Anayasa Mahkemesinin bu özgürlüğü yorumlama anlayışı üyelerin değişimi nedeniyle değişmiştir.⁴ 5 Mayıs 1972 günlü 1587 sayılı Nüfus Kanununun 43. maddesi “Aile kütükleri; ailenin bütün fertlerinin... dinini... ihtiva eder.” hükmünü içermekteydi. Anayasa Mahkemesi 27 Kasım 1979 günlü ve E. 1979/9, K. 1979/44 sayılı kararıyla bu hükmün anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesine göre “Söz konusu 43. madde zorlayıcı nitelikte hiçbir hüküm içermektedir. Nüfusa kaydolunurken kişinin, Anayasa’nın kastettiği anlamda dinî inanç ve kanaatlerini de değil, sadece dininin ne olduğunu açıklamasına yol açabilecek bir durum yaratmaktadır ki, bu kuralın zorlayıcı bir niteliği ve zorlama ile ilişkisi yoktur.”⁵

1. William J. Brennan, Jr, “The Constitution of the United States: Contemporary Ratification”, 43 *Guild Proc.* 1 (1986), s. 1.

2. Ronald Dworkin, “Looking for Cass Sunstein”, *The New York Review of Books*, 30 April 2009.

3. Yüksel Metin, *Anayasanın Yorumlanması* (Ankara: Asıl Yayın Dağıtım Ltd. Şti., 2008), s. 1.

4. Bu da bize hukuk eğitiminde yorum konusunun işlenmesine daha fazla önem ve özen verilmesi gerektiğini göstermektedir..

5. E. 1979/9, K. 1979/44, k.t. 27.11.1979, *AMKD*, Sayı 17, s. 341. Bu karara 7 üye karşı oy yazısı yazmıştır. 1961 Anayasasına göre Anayasa Mahkemesi 15 üyeyle karar vermekteydi. Yani karar sekize karşı yedi oyla alınabilmiştir.

Aynı Yasanın aynı hükmü Anayasa Mahkemesine tekrar getirilmiştir. Anayasa Mahkemesi 21.6.1995 günlü ve E. 1995/17, K. 1995/16 sayılı kararıyla 6 karşı oyla yeniden Nüfus Kanununun 43. maddesine Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi bu konuda şunları belirtmiştir: “Nüfus Yasası’nın 43. maddesinin... Anayasa’nın 24. maddesinde ifadesini bulan dini inanç ve kanaatlerin zorla açıklanması ve dinî inanç ve kanaatlerinden dolayı kişinin kınanmaması ve suçlanmaması ile hiçbir ilgisinin bulunmadığı açıkça anlaşılmaktadır.”⁶

Ancak Anayasa Mahkemesi sekiz ay sonra 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 61. maddesinde tanıklara dinlerinin sorulması hükmünü Anayasaya aykırı görmüş ve iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesine göre itiraz konusu kuralda dininin sorulması kişinin isteği dışında inancını açıklaması sonucunu doğuracağından, Anayasanın 24. maddesinin üçüncü fıkrasına açık bir aykırılık oluşturacaktır. Mahkemeye göre kişilere dinleri ile ilgili olarak sorulan soruların yanıtlanmasının bir yaptırıma bağlanıp bağlanmasının da bir önemi yoktur. Anayasa Mahkemesinin Nüfus Kanununun 43. maddesiyle ilgili karardaki karşı oy yazılarında ileri sürülmüş görüşler bu kararda karar biçimine dönüşmüştür.⁷ Görüldüğü gibi din ve vicdan özgürlüğü Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararlarda farklı farklı yorumlanabilmiştir.

Yorumun önemi konusunda verilebilecek bir başka örnek de Anayasa Mahkemesinin 1982 Anayasası döneminde anayasa değişikliklerini denetleme konusundaki kararlarında görülmektedir. Anayasa Mahkemesi E. 2008/16, K. 2008/116 sayılı (k.t. 05.06.2008) kararına kadar anayasa değişiklikleri konusunda Anayasanın 148. maddesinde, Anayasa değişikliklerinde Anayasa Mahkemesine tanınan denetim yetkisi, teklif, oylama çoğunluğu ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartlarına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlanmıştır ve bu nedenle esas yönünden denetime olanak tanınmadığı gibi, 148. maddede tüketici biçimde sayılan koşulların dışında şekil yönünden denetim yapılması olanaksızdır demektedir.⁸ Anayasa Mahkemesi 27.11.2007 günlü kararından yedi ay gibi kısa bir süre sonra içtihadını değiştirmiş ve 1961 Anayasası dönemindeki anayasayı yorumlayış biçimine dönmüştür. Bu kararda Yüksek Mahkeme Anayasadaki anayasa değişikliğiyle ilgili kuralları şöyle yorumlamıştır:

6. E. 1995/17, K. 1995/16, k.t. 21.6.1995, *AMKD*, Sayı 31/2, s. 548.

7. E. 1995/25, K. 1996/5, k.t. 2.2.1996, *AMKD*, Sayı 32/2, s. 560.

8. Bakınız: E. 1987/9, K. 1987/15, k.t. 18.6.1987, *AMKD*, Sayı: 23, s. 282-294. E. 2007/72, K. 2007/68, k.t. 5.7.2007, *AMKD*, Sayı: 44/2, s. 1053-1108. E. 2007/99, K. 2007/86, k.t. 27.11.2007, *AMKD*, Sayı: 45/1, s. 429-456.

“Anayasa Mahkemesi’nin, değiştirilemezlik kuralının yalnızca devlet şeklinin Cumhuriyet olduğuna ilişkin 1. maddeyle sınırlı kabul edildiği 1961 Anayasası döneminde verdiği 16.6.1970 günlü ve E. 1970/1, K. 1970/31 sayılı, 13.4.1971 günlü ve E.1971/41, K. 1971/37 sayılı, 15.4.1975 günlü ve E. 1973/19, K. 1975/87 sayılı, 23.3.1976 günlü ve E. 1975/167, K. 1976/19 sayılı, 12.10.1976 tarih ve E. 1976/38, K. 1976/46 sayılı, 27.1.1977 günlü ve E. 1976/43, K. 1977/4 sayılı ve son olarak 27.9.1977 günlü ve E. 1977/82, K. 1977/117 sayılı kararlarında anayasal düzenin hukukun üstün kurallarına ve çağdaş uygarlığın gereklerine aykırı düşen nitelikte yeni ilkelere bağlanmasının bu düzenin bütünlüğünü bozabileceği, Anayasa’nın 1. maddesinde yer alan “Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir” kuralı ile bunu tamamlayan ve Cumhuriyetin temel niteliklerini belirleyen 2. maddesini değiştirecek derecede etkisi olacak bir değişikliğin yapılamayacağı, aksi takdirde değişiklikten sonraki yeni düzenin önceki Anayasa’da tanımlanan biçimde işleyemeyeceği, bu gibi sonuçların önlenmesi için, çağdaş Anayasaların kendilerini böyle değişikliklere karşı koruyan ve güvence altına alan hükümleri ve kuruluşları birlikte getirme yolunu seçtikleri ifade edilmiş, buna dayalı olarak da Anayasa değişikliğine ilişkin tekliflerin her şeyden önce Anayasa’nın Başlangıç bölümü ile 1. ve 2. maddelerinde yer alan ilkelere en küçük bir sapmayı veya değişikliği öngöremeyecekleri, değişikliklerin sözü geçen ilkelerin tümünü veya herhangi birisini hedef alması durumunda teklif edilemeyecekleri ve yasama meclislerince kabul edilemeyecekleri, teklif edilmeleri ve kabul edilmeleri durumunda ise Anayasa’nın 9. maddesinde belirtilen biçim koşullarına aykırı olacağı belirtilmiştir.

...

Yürürlükteki Anayasamızın öngördüğü düzen, anayasal normlar bütünü ve bu bütünü somutlaştıran ilk üç maddede ortaya çıkan bir anayasal düzendir. Kurucu iktidarın siyasal düzene ilişkin temel tercihi Anayasa’nın ilk üç maddesinde, bunun somut yansımaları ise diğer maddelerde ortaya çıkmaktadır. 4. madde ise ilk üç maddenin güvencesi olma niteliği itibarıyla doğal olarak değiştirilemezlik özelliğine sahiptir. Bu durumda Anayasa’nın 4. maddesi dâhil olmak üzere her bir maddede yapılacak değişikliklerin siyasal düzende değişikliklere ve kurucu iktidarın yarattığı anayasal düzende dönüşümlere yol açması mümkündür. O halde Anayasa’nın diğer maddelerinde yapılacak değişikliklerle Anayasa’nın 4. maddesinin yasama organı için çizdiği sınırların aşılma olasılığı göz ardı edilemez.

Dolayısıyla Anayasamızın ilk üç maddesinde değişiklik öngören veya Anayasa’nın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak aynı sonucu doğuran herhangi bir yasama tasarrufunun da hukuksal geçerlilik kazanması mümkün olmadığından, bu doğrultudaki tekliflerin sayısal yönden Anayasa’ya uygun olması tasarrufun geçersizliğine engel oluşturmayacaktır.”⁹

Hukukta yorum önemlidir. Ancak anayasa hukukunda yorum daha da önemlidir; çünkü anayasa mahkemelerinin yorumları ancak anayasa değişiklikleri yoluyla aşılabilmektedir.¹⁰ Eğer anayasa mahkemeleri anayasa değişikliklerini de denetleme yetkisini

9. E. 2008/16, K. 2008/116, k.t. 05.06.2008, *AMKD*, Sayı: 45/2, s. 1231-1233.

10. Demokrasi halk iradesini gerektirdiğine göre seçilmemiş yargıçlar tarafından gerçekleştirilen anayasa-ya uygunluk denetiminin demokratik meşruluk açısından problemli görülmesi şaşırtıcı değildir. Yasaları anayasaya aykırı oldukları gerekçesiyle geçersiz kılma fonksiyonunu yerine getirecek olan seçilmemiş yargıçların gerçekleştireceği bu görevin halkın onaylayacağı bir biçimde yapacaklarının herhangi bir garantisi yoktur. Ancak bu durumda halkın yargıçların ortaya koyduğu sonucu beğenmemesi halinde anayasa değişikliğine gidebileceğini söylemek mümkündür. Ancak bu durumda da anayasa değişikliğinin yapılabilmesi için nitelikli çoğunluğun gerekli olduğu gerçeği ortaya çıkmaktadır.

kendilerinde görececek olurlarsa durum daha da karmaşıklaşmakta ve zorlaşmaktadır. Bilindiği gibi anayasa yargısı üzerine yapılan anayasal ve felsefi tartışmalar genellikle demokratik meşruluk sorunu üzerine yoğunlaşmaktadır. Temel sorun, temsili demokrasilerde hesap sorulabilir konumda olmayan ve halk tarafından seçilmemiş yargıçların, halkın demokratik araçlarla hesap sorulabilir temsilcilerinin iradesine karşı çıkması ve onların yasama tercihlerini etkisiz kılmasının meşru olup olmadığı sorunu, anayasa değişikliklerinin de yargıçlar tarafından denetlendiği durumlarda iyice ortaya çıkmaktadır. Anayasa değişikliklerinin de anayasa mahkemelerince denetlenmesi durumunda “anayasa yargısının demokratik meşruluğu” sorunu çözümlenemez bir hal almaktadır.

Yorum yapmak açıkça anlaşılamayan söze, metne veya davranışa bir amaç yüklemek veya anlam vermek demektir. Anayasaların ve yasaların uygulanması bu metinlerin yorumlanmasını gerektirir. Bir kuralı uygulamak durumunda kalan kişi ister istemez uygulayacağı kuralı önce anlamak ve anlayabilmek için de yorumlamak durumundadır. O halde yorum uygulanacak kuralın ne dediğini veya ne anlama geldiğini anlayabilmez. Bir başka deyişle, yorum bir metin anlamının belirlenmesi demektir.¹¹ Ronald Dworkin’in anayasaların yorumlanmasındaki felsefi yorum anlayışını incelemeye başlamadan önce yorumda metnin önemini vurgulaması açısından Hart-Fuller tartışmasını kısaca açıklamakta yarar görmekteyim.

YORUMDA METNİN ÖNEMİ: HART-FULLER TARTIŞMASI

Yasanın yorumu yasada yer alan sözcüklerin yorumuyla başlar. Yorumun yasada yer alan sözcüklerle başladığı konusunda herkes hemfikirse de yorumun sözcüklerle bitip bitmediği konusu son derece tartışmalıdır. Yine hukukta yorumun yasalarda yer alan sözcükleri yorumlamakla başlayacağı açıksa da, yasalarda yer alan sözcüklerin, sözcük gruplarının ve cümlelerin ne anlama geldiğini saptamak kolay bir iş değildir. Bu konuyu açıklamak için 1958 yılında H.L.A. Hart ve Lon Fuller adlı ünlü iki hukuk filozofunun *Harvard Law Review* dergisinde yaptıkları tartışmada kullandıkları “parkta yer alan taşıtlar” örneğini verebiliriz.

H.L.A. Hart hukuk kurallarının doğasını tartışırken parklardaki taşıt yasağı örneğini vermektedir. Hart bu tür düzenlemelerde yer alan “taşıt” sözcüğünün kaçınılmaz olarak “anlamının yerleşik özü” ile “yarıgölge”li bir alanın olacağını söylemektedir. Hart

11. Yılmaz Aliefendioğlu, *Anayasa Yargısı* (Ankara: Yetkin Yayınları, 1997), s. 239-240; Kemal Gözler, *Anayasa Hukukun Genel Teorisi Cilt I* (Bursa: Ekin Yayınları, 2011), s. 225.

otomobillerin kuşkuyla yer vermeyecek biçimde taşıt kavramı içinde yer aldıklarını ve yasağa girdiğini söylemektedir. Bundan sonra Hart şunu sormaktadır: Acaba bu yasağa bisikletler, patenler, oyuncak arabalar veya uçaklar girer mi?¹² Hart'a göre bu yarigölgeli alanları aydınlatabilmek için önce "taşıt" sözcüğünün ne anlama geldiğine bakılmalıdır. Ancak "taşıt" sözcüğünün anlamına belirleyebilmek için de düzenlemenin amacına bakılmalıdır. Eğer amaç gürültü kirliliğini ve çevreye zararı önlemek ise bisikletlere ve çocuk arabalarına parkta izin verilmesi gerekir. Eğer düzenlemenin amacı yayaların güvenliğini sağlamak ise, bu durumda bisikletlerin de yasak kapsamında düşünülmesi gerekir. Eğer yasağın amacı yollarda yayaların rahatça yürüyebilmesi ise bu kez çocuk arabalarını da yasak kapsamına sokmak gerekecektir. Ancak kuralın amacı anlaşılıyorsa, yargıç bu tür yarigölgeli alanlarda yasa koyucu gibi hareket edecek ve politik mülahazaları göz önüne alarak takdir yetkisini kullanacak ve bu yolla uyuşmazlığı çözümlenecektir.

Her ne kadar Hart kuralın açık uygulamasıyla açık olmayan uygulamaları arasında ayırım yapmaktaysa da, "öz" ve "yarigölgeli" alan ayırımı çok açık bir ayırım sayılamaz. İşin aslında her kural için yarigölgeli alanın nasıl aydınlatılması gerektiği sorununun varlığı yanında bazı uygulamaların öz alanda mı yoksa yarigölgeli alanda mı olduğu sorunu da söz konusudur. "Öz" ile "yarigölgeli" alanın birbirilerinden kesin olarak ayıramayabileceği söylenebilir ve bu nedenle de ortada bir derecelenme vardır diyebiliriz. Daha doğrusu ortada bir süreç söz konusudur.¹³

Fuller'in Hart'a yönelttiği eleştiri yargıcın "yarigölgeli" alanda nasıl davranacağıyla ilgili değildir. Fuller bu alanda yargıcın yasanın arkasında yatan amaca bakması gerektiğini söylemektedir. Hart ise bu alanda yargıçların yasa koyucu gibi davrandıklarını belirtmektedir. İki filozof arasındaki esas tartışma Hart'ın sözcüğün anlamın yerleşik özü olarak adlandırdığı konuda çıkmaktadır. Fuller anlamın yerleşik özü noktasında Hart'ın yanıldığını söylemektedir. Hart otomobillerin bu yasak açısından kuralın özünde yer aldığı iddiasına karşı, Fuller bazı vatanseverlerin II. Dünya Savaşı'nda kullanılmış olan ve hâlâ işler haldeki kamyonu bir altlık ile parka koymak istediklerini ve bu önerilen anıtı ucube olarak düşünen ve anıtın parka konmasını engellemeye çalışanların bu iddialarını "taşıt yasağı"na dayandırdıkları örneğini vermektedir. Fuller ilk bakışta kamyonun açıkça bir taşıt olduğunun söylenebileceğini; ama parktan bu gerekçeyle bu kamyonun çıkarılmasının ise mantık-

12. H.L.A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review* (February 1958), s. 606-615. Ayrıca bakınız: H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, İkinci Baskı, der. Penelope A. Bulloch & Joseph Raz (Oxford: Oxford University Press, 1994), s. 125-127.

13. Frederick Schauer, *Thinking Like a Lawyer*, (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2009), s. 154.

sız olacağını belirtmiştir. Fuller bir hukuk kuralının sözcüklerinin kendiliğinden o hukuk kuralının uygulanması için açık bir örnek oluşturmayacağını ileri sürmüştür.¹⁴

Durum şöyle özetlenebilir: İşler durumdaki askeri bir kamyonun savaş anıtı olarak parka yerleştirilmesi durumunda bu kamyonun kesinlikle araç tanımı içinde düşünülmesi gerekir. Oysa bu kamyonu yasak içinde düşünmek ise mantıksızlıktır. Fuller yazısında verdiği başka örneklerle birlikte herhangi bir hukuk kuralının sözcüklerinin yalın bir biçimde uygulanmasının her zaman kuralın gerekçeyleştirmek istediğiyle, yani amacıyla ters düşebileceğini ve hatta zaman zaman basit bir sağduyuyla da bağdaşmayabileceğini söylemektedir. Fuller sözcüklerin belirli bir bağlam içinde ele alınmaları gerektiğini ve ancak bu durumda bir anlamlarının olabileceğini ileri sürmüştür. Bir kuralın lafzi uygulanması zaman zaman anlamsız, gülünç, en azından kuralın arakasında yatan amaca ters düşen sonuçlar doğurabilecektir. Fuller'in vurgulamak istediği nokta dilin yerleşik özü göstermede de yeterli olamayacağıdır; çünkü bir kuralın açık sözlerinin uygulanmasının zaman zaman absürd sonuçlar doğurabilmektedir. Özetle Fuller kuralın arkasında yatan amacı dikkate alındığında hukuk kurallarının, hatta hukukun anlamının kavranabileceğini ileri sürmektedir.¹⁵

ANAYASALARIN YORUMLANMASI

Çağımızda anayasal demokrasilerin çoğunda anayasaların yorumlanmasından mahkemeler sorumludur. Anayasalar ya Amerika Birleşik Devletleri'nde olduğu gibi genel mahkemeler tarafından ve en son aşamada da Yüksek Mahkeme tarafından; ya da Avrupa ülkelerinde olduğu gibi özel olarak bu iş için kurulmuş anayasa mahkemeleri tarafından yorumlanır. Kural olarak mahkemelerin anayasayla ilgili olarak yaptıkları yorumlar bağlayıcı olarak kabul edilir. Anayasaya uygunluk denetimi yapan mahkemeler anayasanın son derece sınırlı metinsel rehberliği altında ahlaki ve siyasal sorunlarda uzun yıllar sürecek ve normal demokratik yollarla değiştirilebilmeleri ise neredeyse imkânsız son derece önemli kararlar verebilmektedirler. Anayasaya uygunluk denetimi yapan mahkemelerin bu benzersiz hukuksal yetkileri iki temel normatif sorun ortaya çıkarmaktadır. Bunlardan ilki bu kurumun ahlaksal meşruluğu¹⁶ ikincisi ise bunun nasıl gerçekleş-

14. Lon Fuller, "Positivism and Fidelity to Law-A Reply to Professor Hart", 71 *Harv. L. Rev.* s. 663.

15. Frederick Schauer, *Thinking Like a Lawyer*, (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2009), s. 156.

16. İngilizce literatürde ahlaksal (moral) meşruluk dendiğinde siyasal alanı da kapsayan ahlaksal ilkeler ve sorunlar anlaşılmaktadır. Yani "moral" siyaseti de içermektedir. Oysa ülkemizde ahlaksal meşruluğun bu anlamı içerdiği net değildir. Bu yazıda ahlaksal meşruluk İngilizce literatürdeki anlamında kullanılmaktadır.

tirileceğidir. Bu iki sorun birbiriyle ilişkilidir. Anayasal yorumun anayasal rejimin ahlaksal meşruluğuna duyarlı bir biçimde gerçekleştirilmesi gerekir.¹⁷

Yazılı ve sert anayasaların ortaya çıkmaları yüksek mahkemelerin¹⁸ veya özellikle anayasaya uygunluk denetimi yapmak üzere kurulmuş olan anayasa mahkemelerinin anayasa metnini yorumlamalarına ve bu yorumlarını da devletin diğer organlarına dayatabilmelerine neden olmuştur. Bütün yazılı ve sert anayasaların mutlaka beraberlerinde anayasa yargısını zorunlu bir duruma getirdiği söylenemezse de, yazılı anayasaya sahip hukuk sistemlerinin çoğunda anayasa yargısının söz konusu olduğu söylenebilir. Anayasanın yorumlanmasının benzersiz bazı sorunları da beraberinde getirdiği ortadadır. Anayasa yargısı yapabilen mahkemeler son derece önemli bir hukuksal yetki kullanmaktadır. Bu mahkemelerin verdikleri kararlar ahlaki açıdan çok önemlidir ve yaptıkları yorumlarda da son sözü söylemektedirler. Anayasa mahkemelerinin kararları anayasalarda yer alan son derece genel ve soyut hükümlerin yorumlanması sonucunda ortaya çıkmaktadır. Ayrıca bu hükümler Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nda olduğu gibi çok önceleleri ve çok farklı koşullarda yaşamış insanlar tarafından da konmuş olabilir. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, anayasa hukukunda bütün davaların zor davalar¹⁹ olduğu da düşünülmemelidir. Anayasa hükümlerin hepsi soyut, genel ve sorunlu hükümlerden oluşmaz. Anayasa hükümlerin çoğu kolaylıkla anlaşılır ve yorumlamayı gerektirmeyecek ölçüde açık hükümlerdir.

Yukarıda da belirtildiği gibi, yazılı anayasaların yorumlanmasında iki normatif sorun söz konusudur. Bunlardan ilki yazılı anayasaların ahlaki açıdan meşru olup olmadığıdır. Bu sorun iki boyutludur. Bunlardan ilki anayasanın ahlaki meşruluğu; ikincisi ise anayasa yargısının ahlaki meşruluğudur. Ülkemizde anayasa yargısının demokratik meşruluğu konusu üzerindeki yayın sayısının son yıllarda gittikçe çoğaldığı görülmektedir. Anayasanın meşruluğu konusu üzerinde ise pek durulmamaktadır. İkinci temel normatif

17. Andei Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, İkinci Baskı (Oxford: Hart Publishing, 2005), s. 141.

18. Anayasa yargısı ilk kez 1803 tarihli *Marbury v. Madison* kararıyla birlikte Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi tarafından başlatılmıştır (1 Cranch 137 (5 U.S. 137) (1803)). Kemal Gözler'in belirttiği gibi John Marshall'ın bu karara yazdığı gerekçe Dünya hukuk tarihinde anayasa yargısı lehine yazılmış en güzel ve en güçlü gerekçelerden biridir. Bu kararın önemli kısımlarının çevirisi için bakınız: Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt II* (Bursa: Ekin Yayınları, 2011), s. 711-716. Gerçek anlamda anayasa hukukunun da bu tarihten sonra başladığı söylenebilir.

19. İki tür zor dava çeşidi söz konusudur. Zor davalar bazen dilsel belirsizlikten kaynaklanır. Yasada yer alan sözcükler ya anlaşılması güç kavramlar içermesi nedeniyle, örneğin “yasaların eşit koruması”, “aşırı gecikme” veya “makul şüphe” kavramlarında görüldüğü üzere veya anlaşılması kolay olmakla birlikte bisiklet, çocuk arabası veya kay kayın araç sayılıp sayılmayacağı örneğinde olduğu gibi, belirli durumlarda belirsizliğin ortaya çıkması sonucunda yasanın sözcükleri mahkemenin önündeki davada uyumsuzluğu çözümlemeye kesin bir yanıt getirmemesi durumunda ortaya çıkar

sorun ise yargıçların anayasayı nasıl yorumlaması gerektiğidir. Thomas C. Grey “Yazılı Olmayan Bir Anayasaya mı Sahibiz?” başlıklı ünlü makalesinde şunları söylemekteydi:

“Yasaların anayasal denetiminde yargıçlarımız bu yasaların yazılı anayasadan kaynaklanan normlarla çelişip çelişmediğiyle mi kendilerini sınırlandırmalıdır? Yoksa kurucu belgenin dört duvarı içinde bulunmayan, özgürlük ve adalet ilkelerini de bu uygunluk denetiminde kullanabilecekler midir? Anayasa yargısının meşruluğu sorununu bir yana bırakacak olursak, belki de temel yasamız hakkında sorabileceğimiz en önemli soru bu olmaktadır.”²⁰

Biz bu yazımızda bu ikinci sorunla, Ronald Dworkin’in anayasaların ahlaksal okunuşuyla ilgili görüşlerini inceleyerek, ilgilenmeye çalışacağız. Ancak Dworkin’in anayasaların yorumlanmasıyla ilgili söylediklerini daha iyi anlayabilmek için yazarın genel olarak hukukta yorum konusuna yaklaşımını incelemek gerekmektedir. Bu nedenle ilk olarak Ronald Dworkin’in yorum anlayışı açıklanmaya çalışılacaktır. Ancak Dworkin’in anayasa hukukunda yorum ile ilgili görüşleri yazarın demokrasi anlayışıyla çok yakından ilişkilidir. Bu nedenle Dworkin’in demokrasi anlayışını da incelemek doğru olacaktır.

RONALD DWORKİN’İN YORUM ANLAYIŞI

Ronald Dworkin’e göre hukuki problemlerin özünde yorum meselesi yatmaktadır. Herhangi bir kimsenin belirli bir toplumda hukukun ne olduğunu anlayabilmesi yalnızca yorum oyununa katılan birisi olması durumunda mümkündür. Dworkin’e göre hukuku yorum deneyimine katılan kişiler belirler. Dworkin’in yorum anlayışına göre bir kişisel düşüncenin, romanın ya da hukuk normunun yorumu ile yeni yaratılmış anlamın söz konusu metinlere yüklenmesini birbirinden ayırt etmek gerekir. Herhangi bir metnin farklı okunuşu eğer bu okunuş eserin orijinal metninde var ise meşrulaştırılabilir. Örneğin Charles Dickens’in *Christmas Carol* adlı eserinin baş kahramanı Scrooge karakterinin farklı okunuşu roman metninde var ise kabul edilebilir. Edebi bir eserin yorumu hangi okumanın metni en iyi sanat eseri olarak ortaya koyacağını göstermektedir. Bu yapılırken metindeki sözcükler dikkate alınmalı ve hiçbiri onu daha iyi bir sanat eseri yapma adına değiştirilmemelidir. Ancak yapılan bu yorumun yorumu yapılan metnin her yönüyle uyuşması anlamına da gelmez.²¹

20. Thomas C. Grey, “Do We have an Unwritten Constitution?”, *Stanford Law Review* 27 (1974-1975), s. 703.

21. Sevtap Metin, “Ronald Dworkin’in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* Cilt: LXI, Sayı: 1-2 (2003), s. 41. Ronald Dworkin’in hukuk teorisi konusunda Türkçe bir çalışma için bakınız: Ahmet Ulvi Türkbağ, *Kanıtlanamayanı Kanıtlamak: Ronald Dworkin’in Hukuk Kuramı* 2. Baskı (İstanbul: Derin Yayınları, 2010).

Ronald Dworkin edebiyat yorumunu hukuki çalışmalarda merkezi bir model olarak kullanmaktadır. Hukuku zincirleme roman yazımına benzeten Dworkin *Law's Empire* adlı yapıtında bu konuda şunları belirtmektedir: Bu teşebbüste bir grup romancı sırayla roman yazmaktadır. Zincirde yer alan her romancı romanın yeni bir bölümünü yazabilmek için kendisine verilen bölümleri yorumlar; ondan sonra kendi bölümünü yazarak sıradaki romancıya metni verir ve bu böyle devam eder. Her romancının işi romanı olabilecek en iyi biçimde ve önceki bölümlere içerik olarak uyacak şekilde yapılandırarak kendi bölümünü yazmaktır (law as integrity). Her romancıdan beklenen romandaki devamlılık konusundaki sorumluluklarını ciddiye almalarıdır. Zincirleme roman yazımında her romancı kendine verilen materyalden tek bir roman çıkarmayı amaçlar. Dworkin her romancının kendi bölümünü yazarken daha önceki bölümleri incelemede iki koşul getirmektedir. İlk koşula Dworkin uygun olma koşulu adı vermektedir. Buna göre kendi bölümünü yazan romancı her türlü yorumu yapamaz. Tek başına roman yazan yazarın yazmayacağı veya yazamayacağı şeyleri romana koymaması, yani bunları yazmaması gerekir. Aynı şekilde hukukta da yargıcın görevi daha iyi bir tarih icat etmek olmayıp, bulduğu hukuksal tarihi yorumlamaktır. Yapılan yorum yargıcın tespit ettiği tarihle uyuşmalıdır. Ancak bu yaptığı yorumun metne harfi harfine uyması da demek değildir. Dworkin ikinci koşulu da şöyle açıklamaktadır: Zincirleme romanda kendine verilen bölümü yazan romancı tek bir yorumun değil birden çok yorumun söz konusu metinle uyuşabileceğini de görebilir. Bu ikinci koşula göre, yazar bu durumda kabul edilebilir okumalardan hangisi devam etmekte olan roman yazımını en iyi şekilde getirecekse onu tercih etmelidir.²²

Ronald Dworkin'e göre hukukta özellikle zor davalarda karar vermek zincirleme roman yazımına benzemektedir. Bu benzerlik yasaların yani yazılı hukuk metinlerinin hukukta merkezi bir yer tutmadığı "common law" davalarında daha da artmaktadır. Dworkin'e göre ortaya çıkan hukuksal sorunda eğer uygulanacak yazılı bir kural yoksa tartışma geçmişteki yargıçların bu konuda verdikleri kararlar ile hukuksal ilkeler tartışmasına dönüşmektedir. Böyle bir durumda, yargıç zincirleme roman yazımındaki romancı gibidir. Sorunu çözebilmek için geçmişteki yargıçların vermiş oldukları kararları okumak ve neler söylediklerini bulmak ve bunları yorumlamak durumundadır. Böylece yargıç kendinden önceki yargıçların kolektif olarak ne yapmış olduklarını öğrenecektir. Her yargıç önüne yeni bir dava geldiğinde karar verirken tarihteki sayısız kararlara ve uygu-

22. Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Oxford: Hart Publishing, 2000), s.228-232. (Bu ünlü yapıtın ilk basım tarihi 1986'dır.)

lamalara karmaşık bir zincirin bir halkası olarak bakacaktır. Yargıcın görevi daha önceki kararları ve yapılanları yorumlamak ve vereceği kararlar bu tarihi geleceğe taşımaktır. Nasıl ki zincirleme roman yazımında her bir yazar devam eden hikayeye yazdığı bölümü eklerken türünün en iyi örneği olduğu kadar, romanın bütün olarak okunacağını da düşünerek tutarlı bir yapı oluşturmak durumundaysa, aynı şekilde yargıcın görevi de hukuku bütünlük içinde yorumlamak ve uygulamaktır. Buna Dworkin “law as integrity” demektedir.²³

Tekrar etmek gerekirse yargıcın görevi varoldandan daha iyi bir tarih yazmak değildir. Yargıç varolan hukuksal tarihi yorumlamalıdır. Yasalar ve anayasalar başta olmak üzere her türlü yazılı hukuksal metinlerin yorumunda, hukuksal düşünce tarihinin bir parçası olarak, yasa veya anayasa koyucunun neyi amaçladığının belirli bir önemi vardır. Ancak yazarın veya yasa koyucunun birbirinden farklı amaçları arasındaki seçim yapmak bir siyaset sorunudur. Dworkin bu konuda aynen şunları belirtmektedir.

“Yazarın amacı teorisini, hukuksal yorumun açıklayıcı kavramı olmaktan çok, anlamlı bir biçimde bir anlayış olarak ele aldığımızı varsayalım. Daha önce belirttim gibi, yorum Anayasasın bir kuralını veya bir yasanın bir bölümünü veya sözleşmenin veya vasiyetin bir hükmünü yorumlamak olduğunda bu teori daha sağlam bir zemin üzerinde oturuyor gibi görünmektedir. Ama... romancının amacının karmaşık bir şey olduğu ve edebiyattaki anlaşılması kolay yazarın amacı teorisini sınıra sokacak biçimde yapıldığını gördükten sonra, şimdi de yasa koyucunun amacının da benzer biçimlerde karmaşık bir şey olduğunun farkına varmaktayız. Philadelphia Konvansiyonuna katılan bir delegenin halkın temel menfaatlerine dokunan konularda ırksal duruma bakmadan eşit davranmayı garanti altına alan hükme oy verdiğini varsayalım; ama bu delege aynı zamanda eğitimin temel bir menfaat olmadığını da düşünmektedir ve bu nedenle bu hükmün ırksal olarak ayrılmış okulları anayasaya aykırı hale getirdiğini düşünmemektedir. Burada anlamlı bir biçimde soyut ve somut amaç ayrımı yapabiliriz: Delege hangi temel menfaat söz konusuysa bu alanda ayrımcılığın yasaklandığını; ama aynı zamanda da ırksal olarak ayrılmış okulların ise yasaklanmadığını düşünmektedir. Bunlar izole, münferit amaçlar değildir; bunların aynı amacı farklı yollarla tanımlayan tanımlamalarımız olduğu belirtilmelidir. Ancak yasama amacı teorisinin hangi tanımlamayı meşru olarak kabul edeceğinin önemli sonuçları olacaktır. Eğer ilk tanımlamayı kabul edecek olursak, bu durumda delegenin amacını izlemek isteyen, ama eğitimin temel bir menfaat olduğunu da düşünen yargıç ırksal olarak ayrılmış okul düzenlemelerini anayasaya aykırı bulacaktır. Eğer ikinci tanımlamayı benimseyecek olursa böyle düşünmeyecektir. Her iki tanımlama arasındaki tercih gerçekte amacın ne olduğunun daha fazla irdelenmesiyle yapılamaz. Bu tercih bu tanımlamalardan birinin öbürüne göre, en iyi temsili demokrasi teorisi bakımından daha uygun olduğu gerekçesiyle veya başka açık siyasal tercihlere dayanılarak yapılmalıdır. (Bilebildiğim kadarıyla delegenin daha somut amaçlarına saygı gösterilmesi lehine inandırıcı hiçbir argümanın bugüne dek bulunmadığını ve bu hususun Kurucuların ‘orijinal amaçları’nın ırksal ayrımcılığına veya

23. Ronald Dworkin, “Law as Interpretation”, *Texas Law Review*, Vol. 60 (1981-1982), s. 540-543. Ayrıca bakınız: Ronald Dworkin, “‘Natural Law’ Revisited”, *University of Florida Law Review*, Vol. XXXIV (Winter 1982), s. 165-188.

ölüm cezasının kaldırılmasında gerekli olup olmadığı tartışmalarında temel bir öneme sahip olduğunu da ekleyebilirim.)²⁴

RONALD DWORKİN'İN DEMOKRASİ ANLAYIŞI

Ronald Dworkin'in yorum teorisini daha iyi anlayabilmek için düşünürün demokrasi anlayışını bilmek gerekir. Dworkin iki türlü demokrasi anlayışı olduğunu belirtmektedir. Yazar bunlardan ilkinin “çoğunlukçu demokrasi”, ikincisi ise “ortaklık demokrasisi” anlayışı olarak adlandırmaktadır. Dworkin çoğunlukçu demokrasi anlayışının “halk hangi şekilde kendini yönetir?” sorusunu, “halkın çoğunluğu halkın geri kalan kısmını yönetmelidir” şeklinde yanıtlayacağını söylemektedir. Ortaklık demokrasisi anlayışında ise, halkın kendi kendini yönetmesi bir futbol takımındaki veya orkestradaki ilişkiye benzetilmektedir. Nasıl ki bir orkestra veya futbol takımında yer alanlar sadece kendi çıkarlarını değil orkestranın veya futbol takımının çıkarlarını sağlamaya yönelik çabalarda bulunuyorsa ortaklık demokrasisinde de yöneticiler toplumun tamamını gözetken kararlar almak durumundadır.²⁵

Ronald Dworkin demokrasi anlayışını çoğunlukçu demokrasi anlayışını eleştirerek açıklamaktadır. Dworkin çoğu insana göre demokrasinin çoğunluk yönetimi anlamına geldiğini belirtmektedir. Çoğunlukçu demokrasi anlayışının sadece oy verenlerin sayılmasından ibaret olmadığını, siyasal kurumların toplum tarafından alınan kararların mümkün olduğu kadar çok sayıda insanın yerleşik kanaatlerini temsil edecek şekilde alınmasına imkân verecek tarzda yapılandırılmasını amaçladığını belirten yazar, özellikle “yerleşik” sözcüğünün altının çizilmesi gerektiğini belirtmektedir. Yerleşik kanaatlerin ortaya çıkması için de bireysel hakların özellikle ifade özgürlüğünün tanınmış olması gerekmektedir. Çoğunlukçu demokraside, belirli halk kesimlerini, belirli etnik grup ya da ırk mensuplarını ikinci sınıf yurttaş haline getirecek, örneğin belirli görevlere seçilme yasağı gibi ayrımcı uygulamalar da yasaktır. Ancak çoğunlukçu demokraside çoğunluğun yerleşik kanaatlerini yansıtan kanunlar yapmak yasak değildir. Örneğin eğer çoğunluğun

24. Ronald Dworkin, “Law as Interpretation”, *Texas Law Review*, Vol. 60 (1981-1982), s. 547.

25. Ronald Dworkin, “Moral Basis for a Political Constitution”, *Anayasa Yargısı* 28 (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayını, 2011), s. 42. Dworkin'in demokrasi anlayışı için ayrıca bakınız: Ronald Dworkin, “Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise”, Ronald Dworkin, *Freedoms Law: The Moral Reading of the American Constitution* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996), s. 1-38. Ronald Dworkin, “Looking for Cass Sunstein”, *The New York Review of Books*, April 30, 2009. Dworkin'in demokrasiyle ilgili görüşleri için bakınız: Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2011), s. 379-399.

bir talebi varsa o ülkede resmi bir din kabul edilebilir. Karar alma sürecine herkesin eşit katılımı sağlanmış olmak kaydıyla, çoğunlukçu demokraside çoğunluk bu yönde bir karar verdiyse, bu kararın yani resmi bir dinin kabul edilebilmesi demokrasinin bir gereğidir. Bu çoğunlukçu anlayışta mümkündür.²⁶

Dworkin'e göre ortaklık demokrasisi anlayışı ise demokrasi konusunda farklı bir bakış sergilemektedir. Dworkin bu farklılığı açıklayabilmek için şöyle bir soru sormaktadır: İnsanların aralarında anlaşmazlıklar olsa bile herhangi bir ortaklıkta olduğu gibi birbirlerinin çıkarlarını gözeterek kararlar almalarını sağlayan şartlar nelerdir? Dworkin'e göre bir ortaklık demokrasisinin oluşturulabilmesi için üç şart gereklidir. İlk olarak, vatandaşlar siyasal kararlar üzerinde eşit söz hakkına sahip olmalıdır. Bu, sadece vatandaşların oy hakkına, hatta eşit oy hakkına sahip olması anlamına gelmez. Hiçbir vatandaş, sırf düşünceleri rahatsız edici olduğu için medyaya erişim imkânından ve siyasal sürece katılım hakkından yoksun bırakılmamalıdır. Ortaklık demokrasisinin ikinci şartı, eşit özen ilkesidir. Herkesin kaderi ortak kararlarda gözetilmelidir. Ortak kararlar sadece çoğunluğun çıkarlarını değil, herkesin çıkarlarını dikkate alınmalıdır. Çünkü herkesin hayatı eşit öneme sahiptir. Ortaklık demokrasisinin üçüncü şartı, bireylerin onurunu korumak amacıyla, sadece kendilerinin karar vermesi gereken konularda çoğunluk tarafından herhangi bir şekilde karar alınmamasını öngörür. Siyasal kararlar ancak bireylerin onuru ile uyumlu olduğu ölçüde ortaklaşa alınmalıdır.²⁷

Anayasa yargısı yapan mahkemeler açısından bu iki model arasındaki farklılıkları Dworkin şöyle açıklamaktadır:

“İlk olarak, Anayasa Mahkemesinin oluşumu ve yetkileri konusunu ele alalım...Çoğunlukçu demokrasi modelinde, kanunları iptal etme yetkisine sahip bir Anayasa Mahkemesinin varlığı demokrasiden bir taviz olarak değerlendirilir. Anayasa Mahkemesi, adaletin bir gereği olabilir; ancak, doğası gereği, antidemokratik bir kurumdur. Bu nedenle demokrasiye saygının bir gereği olarak, Anayasa Mahkemesinin yetkileri mümkün olduğu kadar sınırlandırılmalıdır. Anayasa Mahkemesine üye atama sürecinde de azami ölçüde halkın iradesi belirleyici kılınmalıdır. Çünkü demokrasilerde

26. Ronald Dworkin, “Moral Basis for a Political Constitution”, *Anayasa Yargısı* 28 (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayını, 2011), s. 42-43. Dworkin'e göre çoğunlukçu demokraside herhangi bir değer bulunmamaktadır. Ortak kararların çoğunluk tarafından alınması düşüncesinde iyi olan herhangi bir husus yoktur. Dworkin bu konuda şöyle bir örnek vermektedir: “Bir tekne düşünün, üzerinde çok sayıda insan bulunmaktadır ve teknenin kurtulması için bir kişinin denize atılması gerekmektedir. Tekneden atılacak kişi nasıl belirlenmelidir ki hakkaniyete uygun olsun? Bu durumda başvurulacak en kötü yöntem oylama yapılmasıdır; çünkü oylamada en az popüler kişinin kaybetmesi kesindir. Bu kişi azınlıkta bulunan ırk veya din mensubu birisi ya da teknede herhangi bir dostu bulunmayan bir kişi olabilir. Bu kişi teknede sevilmeyen bir kişi olduğu için oylama sonucu denize atılacaktır. Bu hakkaniyete uygun bir karar mıdır? Bu durumda, hakkaniyete en uygun yöntem, denize atılacak kişinin rastlantısal olarak, örneğin kura çekilerek, belirlenmesidir.” Bakınız: *Ibid.*, s.50

27. *Ibid.*, s. 43-44.

iktidar halkın çoğunluğuna ait olmalıdır. Anayasanın yorumlanmasına gelince, çoğunlukçu demokrasi katı veya dar yorumu önermektedir. Anayasalarda her zaman için soyut ilkeler vardır. Örneğin bizim Anayasamızda, ifade hürriyeti, adil yargılanma hakkı, eşit muamele yükümlülüğü gibi soyut ilkelere yer verilmiştir. Bütün soyut ilkeler yorumlanmaya gereksinim duyar. Çoğunlukçu demokraside, Anayasa Mahkemesinin yapacağı yorum mümkün olduğu kadar demokratik olarak seçilmiş bulunan çoğunluğun iradesine saygılı olmalıdır. Ortaklık demokrasisinin Anayasa Mahkemelerine bakışı ise çok farklıdır. Bu modelde, Anayasa Mahkemesi demokrasiden bir taviz olarak değil, demokratik sistemin bir unsuru olarak görülür. Kuşkusuz, Anayasa Mahkemeleri hata yapabilir. Amerika Birleşik Devletleri’nde Yüksek Mahkeme bana göre pek çok yanlış kararlar vermektedir. Ancak bu yanlışlar Yüksek Mahkemenin özünde antidemokratik bir kurum olmasından değil, soyut ilkeleri yanlış yorumlamasından kaynaklanmaktadır. Tartışmanın bu bölümünü özetlemek gerekirse, ilk modele göre yapılan bir anayasa, Anayasa Mahkemesini istemeye istemeye kabullenmekte; ikinci modele göre yapılan bir Anayasa ise Anayasa Mahkemesinin varlığından haz ve heyecan duymaktadır. Çünkü bu modeli savunanlar, ortaklık demokrasisinin ön şartı olan bireysel hakların güvence altına alınabilmesi için bağımsız bir kuruma gereksinim olduğunu bilirler.”²⁸

RONALD DWORKIN’DE “KAVRAM” VE “ANLAYIŞ” AYRIMI

Amerika Birleşik Devletleri’nde anayasanın yorumlanmasında birbirine karşıt iki temel görüş bulunmaktadır. Bunlardan ilki ve son yıllarda gittikçe önem kazananı “orijinalizm”dir. Orijinalizme göre anayasanın anlamı anayasayı yapanların ve/veya onaylayanların orijinal anlayışlarına bakılarak belirlenmelidir. Bir başka deyişle orijinalizm anayasada yer alan bir hükmün o hükmün kabul edildiği tarihteki anlamını ortaya çıkarmaya çalışan bir yorum metodudur. Orijinalizm anayasanın değişen değerleri değil, kalıcı değerleri içerdiğini kabul eder. Orijinalistlere göre anayasal değerlerin evrimi yorumla değil, formel anayasa değişiklikleriyle gerçekleşebilir. Orijinalistler yargıçların faaliyetleri sonucunda yavaş yavaş gelişen “yaşayan anayasa” kavramına karşıdırlar. Ronald Dworkin’in görüşlerine geçmeden önce “yaşayan anayasa” kavramına değinmek doğru olacaktır. Dworkin’in anayasanın ahlaksal yorumlanmasıyla yaşayan anayasa arasında yakın bir ilişki olmasına rağmen her iki yorum arasında önemli bazı farklılıkların olduğu da gözden kaçırılmamalıdır. “Yaşayan anayasa” metaforu özellikle yazılı anayasaya sahip yabancı ülkelerde yargıçlar, akademisyenler ve siyasal yorumcular arasında yaygın olarak kullanılan bir terimdir. Amerika Birleşik Devletleri’nde Yüksek Mahkeme başkanlığını da yapmış olan William Rehnquist 1976 yılında yazdığı bu konudaki önemli makalesinde “ilk bakışta *yaşayan* anayasanın karşıtı olan *ölü* anayasadan daha iyi olduğu kesin gibi görünmektedir. Bu görüşe sadece nekrofillerin karşı olabileceği söylenebilir.”²⁹ demekteydi.

28. Ibid., s. 44-45. Ayrıca bakınız: Ronald Dworkin, “Looking for Cass Sunstein”, *The New York Review of Books*, 30 April 2009.

29. William H. Rehnquist, “The Notion of Living Constitution”, *Texas Law Review*, 54 (1976), s. 693.

Aileen Kavanagh'ın belirttiği gibi bu konuda iki hususu vurgulamak gerekmektedir. Yaşayan anayasa dendiğinde anayasa mahkemesinin kararlarıyla büyüyen, gelişen veya değişen anayasa hukukunu kast ediyoruz. Anayasa hukukunun gelişimi biçimsel anayasa değişikliği yoluyla değil, yargısal yolla gerçekleştiğinden yaşayan anayasa kavramından söz edilmektedir. İkinci olarak anayasa mahkemesi yargıçları kararlarını anayasa metnini yorumlayarak vermektedirler. En azından bu bizim yargıçlardan yapmalarını beklediğimiz ve onların da yaptıklarını iddia ettikleri husustur. O halde, “yaşayan anayasa” kavramı anayasa mahkemesi yargıçlarının anayasayı yorumlamaları sonucunda anayasa hukukunda ortaya çıkan değişiklikleri ve gelişmeleri gerçekleştirdikleri bir kavram olmaktadır. Bu iddia mahkemelerin anayasayı yorumlarken anayasa hukukunu geliştirmeleri ve güncelleştirmeleri gerektiği söylemi olmaktadır. “Yaşayan anayasa” düşüncesi anayasasın belirli bir biçimde (orijinalist olmayan) yorumlanmasını gerektirmektedir. Bir başka deyişle, “yaşayan anayasa” düşüncesine göre toplumdaki değişiklikleri yakalayabilmek, modern ihtiyaçlara ve koşullara anayasayı uyarlayabilmek için anayasasının belirli bir biçimde yorumlanması gerekmektedir.³⁰

Dworkin de değişmeyen veya değiştirilemeyen anayasal metne sadık kalınırken, o metnin yorumlanmasındaki değişikliklerle değişimin sağlanabileceğinin mümkün olduğunu ileri sürmüştür. Bu açıdan Dworkin'in görüşü yaşayan anayasa görüşüne benzetilmektedir. Bunu Dworkin “kavram” (concept) ve “anlayış” (conception) arasındaki farklılıkla açıklamaktadır. Anayasaların katı yorumlanmasını inceleyen Dworkin katı yorumun iki anlamını belirlemektedir. Bunlardan ilki anayasal metne sadakat, ikincisi ise devlet karşısında birey haklarının dar anlaşılması veya yorumlanması olmaktadır. Dworkin bu iki anlayışın birbirinden farklı ve birbirinden bağımsız olduğunu belirtmekte ve anayasal metne sadakatin devlet karşısında bireylerin haklarının dar anlaşılması anlamına gelmediğini belirtmektedir. Amerikan Anayasasının Birinci Değişikliğinde ifade edilen “Kongre... ifade özgürlüğünü... kısıtlayan bir yasa yapamaz” kuralını hatırlatan Dworkin, bu metne sadakatin ifadeyi kısıtlayan her türlü yasanın Anayasaya aykırı hale getireceğini belirtmektedir. O halde bu katı yorumun iki anlamını birbirinden ayırmak gerekir. Dworkin katı yorumun bu iki anlamını karıştıranların bu karışıklığa düşmelerini son derece kaba ve ham bir anlam teorisine sahip olmalarına bağlamaktadır. Bu ham teoriyi savunanlara göre, anayasada yer alan “yasaların eşit korumasından yararlanmak” veya “adil yargılanma” gibi ifadelerin anlamı, anayasayı yapanların bu hükmü koydukları tarihte somut olarak zihinlerinde yer alan görüşlerle veya hususlarla sınırlıdır. Bu görüşe

30. Aileen Kavanagh, “The Idea of Living Constitution”, *Can. J. L. & Jurisprudence*, 55 (2003), s. 56.

göre bu hükmü koyanlar bu hükmün daha farklı şeyleri de ifade etmesini isteselerdi bunları bu hükme dahil ederlerdi diye düşünmektedir. O halde, bu teoriye göre *Brown* kararı, eğer On Dördüncü Anayasa değişikliğini gerçekleştirenler ırksal olarak beyazların ve siyahların birbirlerinden ayrılmasının bu Değişiklikle yasaklandığını veya yasaklanması gerektiğini düşünüyorlar idiyse doğru olacaktır. Dworkin bu teorinin yanlışlığını şöyle açıklamaktadır:

“...Çocuklarıma başkalarına haksız davranmamalarını söylediğimi varsayalım. Kuşkusuz bu konuda aklımda olan veya hemen aklıma getirebilecek davranış örnekleri vardır; ama iki nedenden ötürü kastettiğim ‘anlamın’ bu örneklerle sınırlandırılmasını kabul etmem. İlk olarak çocuklarımin benim bu direktifimi düşünmediğim veya düşünemeyeceğim durumlarda da uygulama durumunda kalacaklarını beklerim. İkincisi konuştuğum zaman adil olduğunu düşündüğüm belirli bir davranış daha sonra eğer çocuklarımdan biri beni bu davranışın adil olmadığı noktasında ikna edecek olursa veya kuşkusuz bunun tersi de söz konusu olabilir, bu durumda verdiği örneğin benim direktifimi kapsadığını veya direktifimi değiştirmedığını söylemek isterim. Ailemin aklımda olan hakkaniyetin belirli bir algılanma biçimi yani *anlayış* (conception) ile değil hakkaniyet *kavramı* (concept) tarafından yönlendirilmesini amaçladığımı söyleyebilirim.”³¹

Barber ve Fleming’in belirttiği gibi anayasa koyucularla gelecek kuşaklar arasındaki ilişki Dworkin’in örneğindeki baba ile çocukları arasındaki ilişki gibidir. Dworkin’in örneğindeki baba gibi, ABD Anayasasını yapan kurucu kuşak gelecek kuşaklar üzerindeki otoritesiyle değil, bu kuşakların refahı ve özgürlükleriyle ilgilidir. Bunun böyle olduğu Anayasanın Başlangıcında refahı artırmak ve özgürlüğün nimetlerini gelecek kuşaklara sağlamak için Anayasanın yapıldığının vurgulanmasından da anlaşılmaktadır. Anayasanın VI. Maddesi Anayasadan ülkenin üstün yasası olarak söz etmektedir; ama bu üstün yasa ortak savunmayı gerçekleştirmek, genel refahı artırmak ve özgürlüğün nimetlerini gelecek kuşaklara sağlamak için yapılmıştır. Dworkin’in baba örneğinde olduğu gibi, Anayasa koyucuları da yanılacaklarını kabul etmekte ve bu nedenle anayasanın nasıl değiştirileceğini Anayasanın V. Maddesinde açıklamaktadır. Anayasanın Birinci Değişikliğinde de ifade özgürlüğü güvence altına alınarak eleştirilerin susturulmayacağı hükmüne bağlanmıştır. Günümüzün kuşağının Anayasa ile olan ilişkisi, Dworkin’in örneğindeki baba ile çocuklar arasındaki ilişki gibi ise, yargının bağımsızlığı ve “aktivizmi” Anayasanın hem bir önkoşulu hem de bir emri olmaktadır denebilir.³²

31. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (London: Duckworth, 1977), s. 134. “Kavram” ve “anlayış” ayrımını Dworkin daha sonra 1981 yılında yayımladığı “The Forum of Principle” adlı makalesinde de açıklamıştır.. Bakınız: Chapter 2, “The Forum of Principle”, Ronald Dworkin, *A Matter of Principle* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1985), s. 39.

32. Sotirios A. Barber ve James E. Fleming, *Constitutional Interpretation: The Basic Questions* (Oxford: Oxford University Press, 2007), s. 33.

RONALD DWORKİN'İN ANAYASALARIN YORUMLANMASIYLA İLGİLİ GÖRÜŞLERİ

Ronald Dworkin'in hukuk teorisi hukuki pozitivism³³ ve bunun yanında hukuki uzlaşıcılık, pragmatizm ve kuşkuculuğa karşı geliştirilmiş bir teoridir. Dworkin bütün bu hukuk teorilerine karşı hukukta keyfi olmayan ahlaki ilkelerin merkeziliğini savunmaktadır. Dworkin'e göre yargıçlar ahlaki temel ilkeleri belirleyerek zor davalarda doğru yanıtları bulabilecektir.³⁴ Dworkin'e göre doğru anayasal yorumun yapılabilmesi için bu yorum yapılırken hem anayasa metni hem de geçmiş uygulamalar ele alınmalıdır. Anayasal bir sorunla karşılaşan hukukçular ve yargıçlar bir bütün olarak Anayasal yapıyı, Anayasal tarihi ve belirli hükümlerle ilgili anayasal metnin –mümkün olduğu ölçüde bu farklı kaynakları hem birleştiren hem de gelecekte kararların alınmasını yönetecek bir biçimde yorumlanmasını sağlayacak- tutarlı, ilkeli ve inandırıcı bir yorumunu inşa etmeye çalışmalıdır. Yani anayasal *bütünlük* amaçlanmalıdır. Bu nedenle anayasa metnine sadakat anayasal yorumu ortadan kaldırmaz ve bazı durumlarda kapsamlı bir anayasal bütünlük, uygulama tarihinden soyutlanarak gerçekleştirilecek anayasal metnin en iyi şekilde yorumuyla haklılaştırılmayacak hatta bu yorumla çelişecek bir sonucu da gerektirebilir. Metinsel yorum anayasal yorumun vazgeçilemez bir parçasıdır; çünkü Anayasayı yapanların söyledikleri her zaman ve her türlü anayasal tartışmanın önemli bir parçasını oluşturur.³⁵

Dworkin yorumda anayasa metninin önemi konusunda şunları belirtmektedir:

“Elimizde anayasal bir metin var. Hangi yazıların bu metni oluşturduğu konusunda farklı şeyler söylemiyoruz. Hiç kimse hangi harf serilerinin ve boşluklarının bu metni oluşturduğu konusunu tartışmıyor. Elbette harflerin ve boşlukların standart serilerinin saptanması sadece yapılacak yorumun başlangıcını oluşturur. Çünkü bu dizinin herhangi bir parçasının ne anlama geldiği sorunu söz ko-

33. Dworkin'in hukuk teorisinin her türlü pozitivism karşı olduğu söylenemez. Dworkin'in teorisi esasta dışlayıcı pozitivism (exclusive positivism) karşı geliştirilmiş bir teoridir. Bütün pozitivistler ahlaki sınırlandırmaların olmadığı hukuki sistemlerin mümkün olduğunu kabul etmekle birlikte, bu tür sınırlandırmalara sahip hukuki sistemlerin mümkün olup olmayacağı noktasında birbirleriyle çelişen görüşlere sahiptir. Kapsayıcı pozitivism (inclusive positivism) (yumuşak pozitivism) göre toplumda varolan tanıma kuralının (rule of recognition) hukuksal geçerliliği belirlemede bazı ahlaki kısıtlamaları kapsayabilmesi mümkündür. Dışlayıcı pozitivistler (exclusive positivism)(sert pozitivism) ise hukuk sistemlerinin hukuksal geçerlilik bakımından ahlaksal sınırlandırmaları kapsayamayacağını iddia etmektedir.

34. Hilliard Aronovitch, “Liberal Reading of the American Constitution”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* (July 1997), s. 521.

35. Ronald Dworkin, “The Ardous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nevre”, *Fordham Law Review*, 65 (1996-1997), s. 1250. Bu makalenin biraz farklı şekli için bakınız: Ronald Dworkin, *Justice in Robes* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006), Chapter Five “Originalism and Fidelity”, s. 139.

nusudur... Anayasa Başkanın en azından “35 yaşında” olması gerektiğini hükme bağlamaktadır. Acaba bu kronolojik yaş mıdır yoksa bunun yerine duygusal yaş mı kast edilmektedir (eğer böyle olsaydı bu çok sayıda çağdaş politikacı için ne denli ürkütücü olurdu)?”³⁶

“Anayasanın Sekizinci Değişikliği “zalimane” ve olağandışı (cruel and unusual) bir ceza vermeyi yasaklamaktadır. Acaba bu anayasayı yazanların zalimane olarak anladıkları cezalar mıdır; yoksa yaşadıkları zamanda halkın zalimane olarak kabul ettikleri cezalar mıdır (büyük bir olasılıkla aynı anlama gelecektir)? Veya bu zalimane sözcüğü gerçek anlamda –bu tür sorunları belirlemede kullanılan doğru standartlara göre belirlenen- zalimane olan cezalar anlamına mı gelmektedir? On Dördüncü Değişiklik hiçbir eyaletin kendi yargı yetkisi içindeki bir kişiyi yasaların eşit koruması (equal protection of laws) dışında bırakamayacağını hükme bağlamaktadır. Acaba bu hiçbir eyaletin tarihimiz içinde eyaletlerin çoğunun tanıdığı eşit muamelelerden yoksun bırakılamayacağı anlamına mı gelmektedir? Veya bu hiçbir eyaletin Amerikalılar ister bu çelişmeyi önce veya sonra anlasın gerçek eşit vatandaşlıkla çelişen imtiyazları sürdüremeyecekleri anlamına mı gelmektedir?”³⁷

Dworkin’e göre yorumda söz konusu metni yazanların neyi söylemeyi amaçladıklarına bakarak işe başlamalıyız. Dworkin bunu yapıcı yorum olarak adlandırmaktadır. Ancak bu yüzyıllarca önce ölmüş insanların kafalarının içine girip araştırma yapmak demek değildir. Bu tarihsel olayın –belirli sorumlulukları olan birinin veya sosyal bir grubun belirli bir olay nedeniyle belirli bir biçimde konuşmalarını veya yazılarını– en iyi şekilde anlamlandırılmasına çalışmak demektir.”³⁸

Dworkin Sekizinci Değişiklikteki “zalimane”, On Dördüncü Değişiklikte yer alan “eşit koruma”, Birinci Değişiklikteki “ifade özgürlüğü” ve Beşinci ve On Dördüncü Değişikliklerde yer alan “adil yargılanma hakkı” biçimindeki ifadeleri anlamlandırmada çok daha fazla zorluk söz konusu olacağını belirtmektedir. Dworkin’e göre soyut, ilkeli ve ahlaksal okuma ile -metni yazanların gerçekte zalimane olan ve aynı zamanda olağandışı cezaları ve sahiden eşit vatandaşlık ile çelişen ayrımcılıkları yasaklamayı amaçlamışlardır- somut ve tarihli okuma –ifade edildiği zamanda yaygın bir biçimde zalimane ve aynı zamanda da olağandışı olarak kabul edilen cezaları veya o dönemde genel olarak haksız ayrımları yansıtan ayrımların yasaklandığını söylemektedirler- arasında tercihte bulunmak zorundayız.³⁹

Ronald Dworkin’e göre anayasa koyucuların anayasadaki ilkelerle ilgili ifadelerini soyut emir ve yasaklar koydukları biçiminde görmemiz ve buna göre anlamlandırmamız gerekmektedir. Anayasa koyucuları konuştukları dili çok iyi bilen dikkatli dev-

36. Ronald Dworkin, “The Ardous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nevre”, *Fordham Law Review*, 65 (1996-1997), s. 1251-1252.

37. *Ibid.*, s. 1252.

38. *Ibid.*, s. 1252.

39. *Ibid.*, s. 1253.

let adamlarıydılar. O halde, bu sözcükleri kullanan insanların normal olarak neyi kastediyorlarsa –soyut bir dil kullanmaktadırlar; çünkü soyut ilkeleri ifade etmeyi amaçlamaktadırlar- onların da bunu amaçladıklarını varsaymadan davranışlarını iyi bir şekilde anlamlandıramayız. Bu durumda anayasa koyucuların anayasada yazılı ilkelerin en iyi biçimde uygulanmalarında, ortaya çıkan anayasanın kendi (veya yaşadıkları dönemdeki kişilerin) düşüncelerine yapılan kodlu bir referans olarak değil, soyut ahlaki ilkelerden bir anayasa yapmaya çalıştıkları biçiminde anlaşılmasını istedikleri söylenebilir.⁴⁰

Ronald Dworkin'e göre bu ayırım yapılıp yapılmaz "hukukilik", "eşitlik" ve "zalimlik" gibi kavramları kullanan soyut ve belirsiz anayasal hükümleri ele almamızın gerekeceği açıktır. O halde, Yüksek Mahkeme "zalimce ve olağandışı cezayı" yasaklayan anayasa hükmünün ölüm cezasını yasakladığına karar verebilir. Yüksek Mahkemenin bu hüküm kabul edildiğinde ölüm cezasının standart ve sorgulanmayan bir ceza olmasından etkilenmesi yanlış olacaktır. Ronald Dworkin'e göre eğer bu hükmü koyanlar özel bir zulüm anlayışını koymayı amaçlamış olsalardı buna göre bir hüküm koyarlardı ve böyle bir durumda bu anlaşılış genişletilemeyeceğinden bu belirleyici olacaktı ve ölüm cezası da Anayasaya aykırı olmazdı.⁴¹ Yine Dworkin'e göre bu hükümleri 'belirsiz' olarak adlandırma alışkanlığı şu an bir yanlışı da içermektedir. Bu hükümler belirli anlayışları koymada yetersiz veya bozuk veya şematik çabalar olarak ele alınırsa belirsizdir. Dworkin'e göre eğer bu hükümler ahlaki kavramlara başvuru olarak ele alınacak olursa, bu kavramların daha detaylı ve kesin bir hale getirilemeyeceği gerçeği de ortaya çıkacaktır.⁴²

Ünlü yargıç William J. Brennan'ın görüşleri özünde Dworkin'in yorum anlayışını yansıtmaktadır. William J. Brennan "Amerika Birleşik Devletleri Anayasası: Çağdaş Onay" ("The Constitution of the United States: Contemporary Ratification") adlı ünlü makalesinde bu konuda şunları belirtmiştir:

"Şu anki yargıçlar olarak bizler Anayasayı okuyabileceğimiz tek bir şekilde okuyoruz: Yani bu metni Yirminci Yüzyıl Amerikalıları olarak okuyoruz. Yapıldığı zamanın tarihine ve aradan geçen zaman içinde yapılan yorumlara bakıyoruz. Ama nihai soru metinde yer alan sözcüklerin zamanımızda ne anlama geldiğidir. Anayasamızın özelliği ölmüş ve yok olmuş bir dünyada sahip olduğu herhangi bir durağan anlamına dayanmak olmayıp, çağdaş sorunlar ve çağdaş gereksinimlerle başa çıkabilmede büyük ilkelerinin zamana gösterdiği uyumluluğudur. Başka zamanların bilgeliğine göre

40. Ibid., s. 1253.

41. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (London: Duckworth, 1977), s. 135-136.

42. Ibid., s. 136.

anayasal temellerin ne anlama geldiği zamanımızın görüşü için bir ölçüt olamaz. Benzer biçimde gelecek kuşakların öğreneceği bu temellerden bizim ne anladığımız kendi zamanlarının görüşü için onlara bir ölçüt oluşturamaz....”⁴³

Ronald Dworkin’in Warren Court’tan ve özellikle de William J.Brennan’dan etkilendiği söylenebilir.

Yukarıda belirtildiği gibi Ronald Dworkin yorum teorisini yapıcı yorum olarak adlandırılmaktadır. Dworkin’in üzerinde durduğu yorum sosyal teamüllerin veya sanatsal ürünlerin yorumu gibi insanlar tarafından yaratılan ama onlardan ayrı varlıkları olan şeylerle ilgilidir. Sosyal teamüllerle sanatsal ürünlerin yorumu arasında benzerlikler vardır. Sosyal teamüllerin ve sanatsal çalışmaların yorumu esas itibarıyla nedenlerle değil amaçlarla ilgilidir. Yaratıcı yorum yazarın amaçlarını veya belirli bir romanı yazmasındaki niyeti veya belirli bir sosyal geleneği korumanın amacını açığa çıkarmaya çalışır. Sanat eserlerinin ve sosyal teamüllerin yorumu esasta nedenle değil amaçla ilgilidir. Ama oyunlardaki amaçlar temel olarak yazarın değil yorumcunun amacıdır. Kabaca yaratıcı yorum objeye veya teamüle, o objenin veya teamülün ait olduğu biçim veya üslubu olası en iyi örnekler haline getirmek için bir amaç yüklemektir. Yapıcı görüş açısından yaratıcı yorum amaç ile obje arasındaki karşılıklı etkileşimdir.⁴⁴

İster yasa ister anayasa olsun Dworkin’e göre yapıcı yoruma başvurmak gerekir. Yani yorumcunun metni muhtemel en iyi bakış açısı altında ele alması gerekir. Bu söylenenlerden yasanın yorumlanmasında devletin veya topluluğun tek ve tutarlı bir dizi ilkeler üzerinde hareket etmesini gerektiren tutarlılık ilkesine gerekli ağırlık tanınmalıdır. Bu söylenenler yargıya ve yargılamaya uygulandığında şöyle bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Yargıçların mümkün olduğu ölçüde, adalet ve hakkaniyet kavramlarını ifade eden, tek bir yasa koyucu tarafından yaratıldığı varsayımına dayanarak hukuksal hak ve görevleri belirlemesi gerektirmektedir. Görüldüğü gibi yapıcı yorumda topluluğun adalet ve dürüstlük anlayışı bireylerin zihinsel durumlarıyla ilgili değildir. Yapıcı yorum topluluk adına alınan bütün kararları en iyi şekilde açıklayan ve gerekçelendiren tutarlı bir dizi ilkenin belirlenmesini amaçlamaktadır. Dworkin’e göre anayasa anayasayı yapan kuşağın değil, çağdaş topluluğun değerlerini ve iradesini ifade etmektedir.⁴⁵

43. William J. Brennan, Jr, “The Constitution of the United States: Contemporary Ratification”, 43 *Guild Proc.* 1 (1986), s. 7.

44. Ronald Dworkin, *Law’s Empire* (Oxford: Hart Publishing, 1998). s. 49-53. Bu ünlü eserin ilk basım tarihi 1986’dır. Yapıcı yorum konusunda önemli bir makale için bakınız: David Couzens Hoy, “Dworkin’s Constructive Optimism v. Deconstructive Legal Nihilism”, *Law and Philosophy* 6 (1987), s. 321-356

45. Ronald Dworkin, *Law’s Empire* (Oxford: Hart Publishing, 1998). s. 166, 225. Ayrıca bu konuda bir makale için bakınız: Jeffrey Goldsworthy, “Dworkin as an Originalist”, 17 *Const. Comment* (2000), s. 49-78.

Kuşkusuz anayasa hukukunun etik teoriyle birleşmesi yargısal aktivizme neden olacaktır. Yargısal aktivizm mahkemelerin Anayasanın soyut hükümlerini yorumlarken ortaya çıkacaktır. Ronald Dworkin Amerika'daki anayasal sistemin insanların devlete karşı ahlaki haklara sahip olduğu biçiminde belirli bir ahlaki teoriye dayandığını belirtmektedir. Dworkin'e göre eşit muamele yükümlülüğü ve adil yargılanma hakkı gibi Haklar Bildirgesinin zor hükümleri belirli anlayışlar saptamaktan çok, ahlaki kavramlar olarak anlaşılmalıdır. Bu nedenle bu hükümleri uygulamak durumunda kalan mahkeme siyasal ahlakın sorunlarını dile getirme ve yanıtlamaya hazır olma anlamında aktivist bir mahkeme olmak zorundadır.⁴⁶

Dworkin Amerika'da ilkesel kararlar verme yetkisinin Anayasa tarafından mahkemelere verildiğini belirtmektedir. Dworkin Anayasanın ilkesel kararlar verme yetkisini halk yerine yargıçlara vermesi durumunun önemli olduğunu; ama bunun yargıçların her zaman doğru kararlar vereceği anlamına gelmeyeceğini bize hatırlatmaktadır. Ronald Dworkin Yüksek Mahkemenin zaman zaman hatalı kararlar verdiğinin düşünebileceğini; ama bu tehlikenin abartılmaması gerektiğini ileri sürmektedir.⁴⁷ Dworkin anayasaların yorumlanması konusunda "... Anayasal yorum matematiksel bir şey değildir ve aptallar dışında kimse anayasal değerlendirmelerin her türlü tartışmanın dışında olduğunu düşünür."⁴⁸ diyerek önemli bir gerçeği dile getirmektedir.

Ronald Dworkin Antonin Scalia'nın görüşlerini eleştirirken iki tür orijinalizm olduğunu belirtmektedir. Bunlar semantik orijinalizm ve beklentisel orijinalizmdir:

"Şimdi bu şekliyle anlaşılan metinselcilik (textualism), Scalia'nın yargı ile ilgili ödevlerinin en önemli bölümü açısından getirdiği sonuçlarını ele alalım: Haklar Bildirgesinin son derece soyut hükümleri ve daha sonra kabul edilen haklarla ilgili Anayasada gerçekleştirilen değişikliklerin yorumu. Scalia kendisini anayasal "orijinalist" olarak takdim etmektedir. Ama daha önce yaptığımız ayırım bize iki çeşit orijinalizm arasında bir farklılık yapmamızı gerektiğini göstermektedir: 'Hakları getiren hükümlerin bu hükümlerin neyi söylemeyi amaçladıklarına göre okunmasını ileri süren 'semantik' orijinalizm ve bu hükümlerin bunları koyanların beklentileri doğrultusundaki sonuçlar olarak anlaşılması gerektiğini savunan 'beklentisel' orijinalizm. Bu iki orijinalizm arasındaki farklılığı görmek için *Brown* davasının ortaya çıkardığı soruna bakalım: Acaba 'yasaların eşit koruması' güvencesini getiren On Dördüncü Değişiklik devlet okullarında ırk ayrımını yasaklamakta mıdır? Bu anayasa değişikliğini yapan Kongre'nin üyelerinin çoğunluğunun bu sonucu amaçlamadıklarını veya beklemediklerini biliyoruz: Kendileri Columbia Bölgesi'nde bulunan okullarda ırk ayrımını sürdürmekteydiler. Bu nedenle 'beklentisel' orijinalizm yanlısı bir kişi On Dördüncü Değişikliği ırk ayrımına izin verdiği biçiminde yorumlayacak ve Yüksek Mahkemenin kararını yanlış bu-

46. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (London: Duckworth, 1977), s. 147.

47. *Ibid.*, s. 148.

48. Ronald Dworkin, "The Ardous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nevre", *Fordham Law Review*, 65 (1996-1997), s. 1258.

lacaktır. Ama bu durumda anayasa değişikliğini gerçekleştirenlerin ‘yasaların eşit koruması’ sözcükleriyle devlet okullarındaki ırk ayrımının anayasal bulunması sonucuna varmalarına neden olan yorumu anlayabilmek mümkün değildir. Aksine, Yüksek Mahkemenin kabul ettiği gibi, en iyi bakış açısı altında semantik amacın (1954’te bu amaç açık bir hale gelmiştir) ırksal ayırmayı mahkum ettiği şeklinde anlamlandırılmasını gerektirdiği ve Anayasaya siyasal ahlakın genel bir ilkesinin koyulduğu kabul edilmiştir. Bu nedenlerle semantik orijinalistler Mahkemenin bu kararına katılacaktır.”⁴⁹

O halde Dworkin’e göre semantik orijinalizm anayasanın ahlaksal okunuşuyla uyumlu bir orijinalizmdir.

ANAYASANIN AHLAKSAL OKUNUŞU

Ronald Dworkin anayasaların ahlaksal yorumu konusunda şunları söylemektedir:

“Siyasal bir anayasanın *ahlaksal* okuma olarak adlandırdığım bir biçimde okunması ve uygulanması mümkündür. Çağdaş anayasaların çoğu, Kongre’nin ‘ifade özgürlüğünü’ sınırlandıracak bir yasa yapamayacağını hükme bağlayan Amerika Birleşik Devletleri Anayasasının Birinci Değişikliğinde olduğu gibi, çok geniş ve soyut bir ifadeyle devlet karşısında bireylerin sahip oldukları hakları ilan etmektedir. Ahlaksal okuma bizlerin –yargıçlar, hukukçular ve vatandaşlar- bu soyut hükümleri adalet ve siyasal ahlak (political decency) konusunda çağırışında bulunduğu ahlaksal ilkeler anlayışı temelinde yorumlayıp uygulamamızı önermektedir. Örneğin, Anayasanın Birinci Değişikliği önemli bir ahlaksal ilkeyi kabul etmekte –hükümetin vatandaşların neyi söyleyeceklerini veya yazacaklarını denetlemesi veya sansür etmesi yanlıştır- ve bunu Amerikan hukukuna dahil etmektedir. Dolayısıyla yeni veya tartışmalı bir anayasal sorun ortaya çıktığında –örneğin Birinci Değişikliğin pornografiyi yasaklayan yasalara izin verip vermediği- belirli bir düşünceye sahip insanların soyut ahlaksal ilkenin en iyi nasıl anlaşılacağına karar vermeleri gerekir. Halkın Amerikan hukukundaki sansürü yasaklayan bu ahlaksal ilkenin gerçek temelinin pornografi olayına uzatılabilip uzatılamayacağına karar vermesi gerekir.”⁵⁰

Ronald Dworkin’in belirttiği gibi ahlaksal okuma siyasal ahlakı anayasa hukukunun kalbine yerleştirmektedir. Ancak ünlü düşünürün hemen açıkladığı gibi siyasal ahlak doğal olarak belirsiz ve tartışmalıdır. Bu nedenle bu tür ilkeleri hukukun bir parçası haline getiren hükümet sistemleri kimin yorumunun ve anlayışının geçerli olacağına da karar vermesi gerekir. Amerikan sisteminde şu an yargıçlar –en sonunda da Yüksek Mahkeme yargıçları- bu yetkiye sahiptir. Anayasanın ahlaksal okunuşunu eleştirenler

49. Ronald Dworkin, “Comment”, Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law* (Princeton: Princeton University Press, 1997), s. 119. Orijinalizmin eleştirisi için bakınız: Tara Smith, “Originalism’s Misplaced Fidelity: ‘Original Meaning is not Objective’”, *26 Constitutional Commentary* (2009-2010), s. 1-57.

50. Ronald Dworkin, *Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996), s. 2.

yargıçların kendi ahlaksal kanaatlerini kamuya zorla kabul ettirme yetkisini verdiğini ileri sürmüşlerdir.⁵¹ Dworkin ahlaksal okumanın ve bu konuda da yargıçların kanaatlerinin belirleyici olmasının entelektüel ve siyasal bakımdan küçük düşürücü olarak görülebileceğini söylemektedir. Dworkin'e göre bu tür bir yorum hukuku belirli bir dönemde yargıçlara çekici gelen ahlaksal ilkelere dönüştürerek, hukuk ile ahlak arasındaki önemli ayrımı aşındırıyor olarak görülebilir. Ayrıca halkın kendisinin ahlaksal egemenliğini daralttığı da –siyasal ahlakın büyük ve önemli sorunlarını tümüyle ellerinden alıp profesyonel seçkinlere havale ettikleri- düşünülebilir.⁵²

Ronald Dworkin Amerikan Anayasasının ahlaksal okuma açısından getirdiği hükümler konusunda şunları belirtmektedir:

“Amerikan Anayasasının devlete karşı bireyleri ve azınlıkları koruyan hükümleri Haklar Bildirgesi olarak adlandırılan bildirmede –Anayasanın ilk on değişikliği- ve İç Savaştan sonra Anayasada yapılan değişikliklerde- bulunmaktadır. ... Bu hükümlerin çoğu aşırı soyut ahlaksal bir dille yazılmıştır. Örneğin, Birinci Değişiklik ifade ‘özgürlüğü’ne, Beşinci Değişiklik vatandaşlar için ‘hukuksal sürecin gerekleri’ne ve On Dördüncü Değişiklik ‘eşit’ korumaya gönderme yapmaktadır. Ahlaksal okumaya göre bu hükümler bu hükümlerdeki ifade biçimlerinin en doğal anlaşılışına göre anlaşılmalıdır: Bu hükümler soyut ahlaksal ilkelere atıfta bulunmaktadır ve devlet iktidarına getirilen sınırlamalar olarak Anayasa’ya dâhil edilmişlerdir.”⁵³

Ronald Dworkin Amerika Birleşik Devletleri Anayasasındaki hükümlerin tümünün ahlaksal okumaya uygun olmadığını, Amerikan Anayasasının çok sayıda ne soyut ne de ahlaksal bir dille ifade edilmemiş hükümler içerdiğini belirtmektedir. Dworkin II. Maddede Başkanın en az 35 yaşında olması gerektiğini belirten ve Üçüncü Değişiklikte yer alan hiçbir askerin bir vatandaşın evine yerleştirilemeyeceğini hükme bağlayan kuralların ahlaksal okumaya uygun kurallar olmadığını söylemektedir.⁵⁴ Anayasaların devlet örgütüyle ilgili hükümleri ahlaksal yoruma müsait olamayan kurallar içerir. Ahlaksal okumanın gerçekleştirilebilmesi için anayasalarda yer alan kuralların soyut ve ahlaksal ilkeler getiren kurallar olması gerekmektedir. Anayasalarda yer alan hak ve özgürlüklerle ilgili hükümler, devletin niteliklerini belirten kurallar ve insan hakları sözleşmeleri ahlaksal okumaya uygun hükümler içermektedir.

51. Ibid.

52. Ibid., s. 4. Dworkin'in anayasanın ahlaksal okunuşuyla ilgili görüşlerinin eleştirisi için bakınız: Raoul Berger, “Ronald Dworkin’s *The Moral Reading of the Constitution: A Critique*”, 72 *Indiana Law Journal* (1996-1997), s. 1099-1114.

53. Ronald Dworkin, *Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996), s. s. 7.

54. Ibid., s. 8.

Dworkin ahlaksal yorumun yargıçlara getirdiği özgürlüğün sınırsız olmadığını ve yargıçlara tanınan bu özgürlüğün veya bu alandaki takdirin iki biçimde sınırlandırıldığını belirtmektedir. Bu konuda Dworkin aynen şunları yazmaktadır:

“Ahlaksal okumanın yargıçlara verdiği özgürlük iki önemli kısıtlamayla sertçe sınırlanmaktadır. İlk olarak bu tür okuma kurucuların ne söyledikleriyle başlamalıdır ve nasıl ki arkadaşların ve yabancıların ne söyledikleriyle ilgili yargılarımız onlar hakkındaki belirli bilgilere dayanmaktaysa, kurucular hakkındaki anlayışımız da böyledir. Bu nedenle tarih açıkça konuyla alakalıdır. Ama sadece belirli bir biçimde. Tarihe, farklı bir soru *olan* başka amaçlarının neler olduğunu anlamak için değil, neyi tasarladıklarını anlamak için başvuruyuz. Ne söylediklerinin sonucu olarak ne olacağı ile ilgili beklentilerini veya ne olacağını umduklarını saptamamıza gerek yoktur; örneğin bu anlamda kurucuların amaçları çalışmalarımızın bir parçası değildir. Bu önemli bir ayırımdır. Bizler kurucuların somut durumlarda bu ilkeleri nasıl yorumlayacakları veya uygulayacaklarıyla ilgili herhangi bir bilgiyle değil; yasa koyucularımızın söyledikleriyle –belirledikleri ilkelerce- yönetiliyoruz.”⁵⁵

“Aynı ölçüde önemli olan ikincisi kısıtlama ahlaksal okuma altında gerçekleştirilen anayasal yorumun anayasal *bütünlük* ilkesi nedeniyle disiplin altına alınmasının gerekliliğidir. Yargıçlar kendi inançlarını anayasa aktarmamalıdır. Soyut ahlaksal hükümleri, ilke olarak bir bütün olarak ele alınan anayasanın yapısal tasarımıyla tutarlı ve geçmişte başka yargıçlarca yapılan anayasal yorumun ege-men çizgileriyle uyumlu olmadığı sürece, kendilerine ne kadar çekici gelirse gelsin, belirli bir ahlaksal yargıyı ifade eder biçimde yorumlamamalıdır. Kendilerini geçmiş ve gelecekteki diğer yetkililerle birlikte tutarlı bir anayasal ahlakı birlikte özenle oluşturan ortaklar olarak görmelidirler ve yaptıkları katkının kalanla uyumlu olmasına özen göstermek durumundadırlar. (Bir başka yerde yargıçların hikâyesinin bir parçası olarak bir anlam ifade eden bir bölümünü yazan zincirleme romanı ortaklaşa oluşturan yazarlara benzediklerini belirtmiştim). Soyut adaletin ekonomik eşitliği gerektirdiğine inanan bir yargıç ‘eşit koruma’ hükmünün bir anayasal gereklilik olarak servet eşitliğini veya üretim kaynaklarının kolektif sahipliğini gerektirdiği biçimde yorumlayamayacaktır; çünkü bu yorum Amerikan tarihiyle ve uygulamasıyla veya Anayasanın diğer hükümleriyle uyumlu değildir.”⁵⁶

Ronald Dworkin ahlaksal okumanın yargıçlardan, Amerika’nın tarihsel hikâyesine ana hatlarıyla uyan, anayasanın en iyi ahlaksal anlaşılışını–örneğin kadın ve erkekler için eşit ahlaksal statünün gerçekte neyi gerektirdiğinin en iyi anlaşılışını- bulmalarını gerektirdiğini söylemektedir. Dworkin bu yorum biçiminin yargıçlardan vicdanlarının sesini veya kendi sınıflarının veya mezheplerinin geleneklerini, eğer bunlar tarihsel kayıtlarda saklı değilse, izlemlerini istemediğini de vurgulamaktadır. Ayrıca Dworkin yargıçların bazen yetkilerini suiistimal edebileceklerini de kabul etmektedir. Ama Dworkin’in belirttiği gibi generaller, başkanlar ve papazlar da yetkilerini kötüye kullanabilirler. Dworkin ahlaksal okumanın her türlü yorum stratejisinde olduğu gibi, iyi niyetle hareket eden hukukçular ve yargıçlar için bir strateji olduğunun da altını çizmektedir.⁵⁷

55. Ibid., s. 10.

56. Ibid., s. 10-11.

57. Ibid., s. 11.

Dworkin'e göre ahlaksal okumanın iki alternatifi söz konusudur. Bunlardan ilki ve en doğrudan olanı ahlaksal okumanın doğru olduğunu –Haklar Bildirgesinin sadece ahlaksal ilkeler olarak anlaşılabilceğini- kabul etmektedir. Ama bunlar yargıçların ahlaksal okumada –örneğin kadınların kürtağı tercih etme konusunda anayasal haklara sahip olup olmadıkları veya pozitif ayrımcılığın bütün ırklara eşit ilgi göstermesini gerektirip gerektirmediğı konularında- son söze sahip olmalarını kabul etmemektedir. Bu görüşte olanların amacı yargıçlara daha az yetki verecek stratejiler geliştirmektir. Temelde bu anlayışın ahlaksal okumayla bir sorunu bulunmamaktadır. Dworkin'e göre ahlaksal okuma, Anayasanın ne anlama geldiğı konusunda kimin görüşlerinin geri kalanımız tarafından kabul edilmek zorunda kalınacağıyla ilgi bir teori olmayıp, Anayasanın ne anlama geldiğı hakkında bir teoridir.⁵⁸

İlk alternatif strateji ahlaksal okumayı kabul etmektedir. “Orijinalist” veya “orijinal amaç” stratejisi olarak adlandırılan ikinci alternatif ise ahlaksal okumayı kabul etmemektedir. Ahlaksal okuma anayasa koyucular neyi tasarladılarsa Anayasanın o anlama geldiğini söylemektedir. Orijinalizm ise, Anayasanın kurucuların kullandıkları dilin beklenen sonuçları olarak anlaşılması gerektiğini ileri sürmektedir. Orijinalizme göre Haklar Bildirgesinin meşhur hükümleri gerçekte tanımladıkları soyut ahlaksal ilkeler olarak yorumlanmamalıdır. Orijinalizme göre bu hükümler kurucuların varsayımlarına ve beklentilerine yapılan atıflar olarak ele alınmalıdır. Bu nedenle orijinalizme göre “eşit koruma veya korunma” hükmü eşit statüyü emreden bir hüküm olarak değil, eşit statüden kurucular neyi anlıyorsa onun anlaşılmasını gerektirmektedir. Dworkin'e göre kurucular açıkça bunu değil ilk söylenen standardı getirmek isteseler de orijinalistler durumu böyle anlamaktadır.⁵⁹

Ronald Dworkin orijinalist stratejiyi şöyle açıklamaktadır:

“Biraz önce sözüne ettiğim *Brown* kararı bu ayrımı kesin bir biçimde açıklığa kavuşturmuştur. Mahkemenin *Brown* kararı açıkça ahlaksal okuma sonucunda verilmiş bir karardır; çünkü günümüzde okullardaki resmi ırk ayrımı bütün ırklar için eşit statü ve eşit ilgi ilkesiyle kesinlikle uyumlu değildir. Oysa orijinalist strateji tutarlı bir biçimde uygulanacak olursa, ahlaksal okumanın tersi bir sonuca varacaktır; çünkü daha önce söylediğim gibi, eşit koruma veya korunma hükmünü koyanlar... okullarda uygulanan ırk ayrımının eşit statü ilkesinin inkârı olduğuna inanmamaktaydılar ve günün birinde eşit statü ilkesinin bir inkarı olarak anlaşılabilceğini de beklememekteydiler. Ahlaksal okuma ise kurucuların yasalaştırdığı ahlaksal ilkeyi yanlış anladıklarını ısrarla söylemektedir. Orijinalist strateji ise yapılan bu hatayı kalıcı anayasa hukuku ilkesine çevirmektedir.”⁶⁰

58. Ibid., s. 12.

59. Ibid., s. 13.

60. Ibid., s. 13.

Bu konuda son olarak Ronald Dworkin'in ahlaksal okuma açısından ve genel olarak yorum konusunda geçerli olması gereken son derece önemli bir görüşünü de aktarmak gerekmektedir. Dworkin aynen şunları belirtmektedir:

“Soyut bir dil kullanan eşit koruma veya korunma hükmünün yerine somut ayrıntılı bir hüküm geçirmek veya Üçüncü Değişikliğin somut terminolojisinden soyut bir mahremiyet ilkesi çıkarmak veya Başkanlar için asgari yaş koyan hükümden bu yaşın altında kalanlar için genel bir ehliyetsizlik hali çıkarmak hatalıdır.”⁶¹

TEORİYE ÖVGÜ

Ronald Dworkin anayasanın yorumunun yasaların yorumundan farklı olduğunu belirtmektedir. Bu konuda yazar ünlü “Hukukun İmparatorluğu” (“Law’s Empire”) adlı yapıtında şunları yazmaktadır:

“Anayasa normal yasalardan göze batıcı bir biçimde farklıdır. Anayasa diğer yasaların temelini oluşturur ve bu nedenle Herkül’ün anayasanın soyut hükümlerini ve bir bütün olarak bu belgeyi yorumlaması da kurucu nitelikte olmak durumundadır. Bu yorum siyasal teorinin en felsefi tepelerinden çıkarılmış gerekçelendirme anlamında olmak üzere, topluluktaki siyasal iktidarın en temel düzenlemelerini meşrulaştırabilmeli ve çelişkisiz bir yorum olmalıdır. Hukukçular her zaman filozoflardır; çünkü hukuk bilimi mekanik ve özellikleri olmayan bir biçimde de olsa, her hukukçunun hukukun ne olduğu konusundaki açıklamalarının bir parçasını oluşturur. Anayasa teorisinde felsefe tartışmanın yüzeyine yakın bir yerdedir ve eğer teori iyi ise ayrıca belirgin bir biçimdedir de.”⁶²

Ronald Dworkin’e göre ahlaksal muhakeme yorum yapmak demektir. Bu yorum kavramsal yorumdur. İnsanlar birlikte makul olma, dürüstlük, güvenilir olma, zarafet, ılımlılık, sorumluluk, acımasızlık, süflilik, duyarsızlık, hilekarlık gibi çeşitli ahlaksal kavramlar geliştirmiştir. İnsanların geliştirdikleri ahlaksal kavramlar arasında meşruluk, adalet, özgürlük, eşitlik, demokrasi ve hukuk gibi siyasal kavramlar da vardır. Bizler ahlaksal kimliklerimizi ahlaksal kavramları yorumlayarak geliştirmekteyiz. Dworkin’e göre ahlaksal yorumda edebiyatta söz konusu olan yazarla eser arasındaki ayırım yoktur. Ahlaksal kavramları birlikte yaratmaktayız ve birlikte yorumlamaktayız. Felsefe tarihinin önemli bir kısmı kavramların yorumlanması tarihinden oluşmaktadır. Filozoflar inceledikleri kavramları çok daha bilinçli ve profesyonel bir biçimde yorumlarlar ve aynı zamanda yorumladıklarının yaratılmasına da yardımcı olurlar.⁶³

61. Ibid., s. 14.

62. Dworkin, Ronald, *Law’s Empire* (Oxford: Hart Publishing, 2000), s. 380. Bu kitabın ilk baskısı 1986’dır.

63. Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2011), s. 157.

Ronald Dworkin hukuksal doktrinin kaçınılmaz olarak felsefeye açık bir alan olduğunu belirtmektedir. Hukuksal doktrin sürekli irade, amaç, anlam, sorumluluk, adalet ve bunlara benzer ve felsefi açıdan karmaşık ve karışık kavramlar kullanmaktadır. Dworkin'e göre akademik hukukçular felsefeden kaçınmazlar. Hiç kuşkusuz felsefi yaklaşımı kullanmada hukukçu akademisyenler her zaman yeteri denli başarılı olamayabilirler; ama hukukçuların çalışma alanlarında yer alan kavramların felsefi tartışmalarını inkar etmeleri sorumsuzluktur. Anayasaların tartışmalı olan soyut ilkelere yer verdiğini söylemenin anlaşılması güç ve bilinmedik bir yanı yoktur. Yargıçlar bu soyut ilkeleri siyasal tarihimize uygun ve bu tarihi geliştirecek bir biçimde yorumlamak durumundadırlar. Yargıçlar bu yorumları yaparlarken bu zor konularda düşünmüş ve bunları kağıda dökmüş düşünürlerden de yararlanmalıdırlar.⁶⁴

Ronald Dworkin bu konuda aynen şunları belirtmektedir:

“Anayasa hukuku devlete karşı haklar sorununu diğer sorunlardan ayırıp bu konuyu gündeminin bir parçası haline getirmediği sürece gerçek bir ilerleme sağlayamayacaktır. Bu anayasa hukuku ile ahlak teorisinin birleşiminin, başka bir deyişle ortaya çıkması gereken bu bağlantının gerekliliğini göstermektedir. Hukukçuların ahlak felsefesine bulaşmaktan ve özellikle aklın mezarlığına dönüşme tehlikesi içeren acayip düşüncelerden olduğu düşünülen haklar üzerine konuşan filozoflardan korkmaları kolaylıkla anlaşılabilir bir şeydir. Ancak şimdi hukukçuların bildiklerinden daha iyi bir felsefe mevcuttur. Örneğin, Harvard Üniversitesinden Profesör Rawls hiçbir anayasa hukucusunun görmezden gelemeyeceği adalet ile ilgili soyut ve karmaşık bir kitap yayımladı. Hukukçuların devlete karşı ahlaki haklar teorisinin gelişiminde hukuk sosyolojisi ve ekonomisinde olduğundan daha fazla pasif bir rol oynamalarına gerek yoktur. Hukukçular hukukun diğer disiplinlerde olduğundan daha fazla felsefeden bağımsız olmadığını kabul etmek zorundadır.”⁶⁵

Dworkin'e göre eğer yargıçlar anayasal metne sadık kalacaklarsa “eşit koruma” ve “adil yargılanma hakkı” gibi Anayasanın normatif hükümlerini genel ve soyut kavramlar olarak anlamak durumundadırlar. Bu nedenle metne sadık kalmak isteyen yargıçlar ister istemez bu kavramların ne anlama geldiğine de karar vermek durumundadır. Yargı bağımsız olduğuna göre yargıçlar yasama organının yorumlarıyla bağlı olmayacaklardır. Bu durumda da yargıçlar ister istemez yargısal aktivizm içinde olacaklardır. Dworkin'e göre eğer yargıçlar yasama organının görüşlerine saygılı olurlarsa, bu Anayasaya değil yasamaya sadık olma anlamına gelecektir. Oysa yargıçların Anayasaya sadık olmaları gerekir. Anayasa hukuku böyle anlaşıldığında, daha doğrusu anayasal yorum konusun-

64. Ronald Dworkin, “Bork’s Own Postmortem”, *Freedom’s law: The Moral Reading of the American Constitution* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996), s. 303-305.

65. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (London: Duckworth, 1977), s. 149.

daki bu anlayış, anayasa hukuku ile ahlak felsefesinin birleşmesi zorunluluğunu ortaya çıkarmaktadır.⁶⁶

Dworkin'nin ahlak felsefesiyle anayasa hukukunun birleşmesi gerektiği görüşü anayasalarda yer alan soyut hükümlerin yargıçlar tarafından anlamlandırılması gerçeğiyle gerekçelendirilmektedir. Yargıçlar bu kavramların eleştirisini yaparak anlamlandırdıklarında ister istemez felsefe yapmış olmaktadır. İşin aslında kendi başına düşünmek felsefe yapmak demektir; çünkü felsefe kendi başına düşünmenin en rafine biçimidir. Bu durumda ortaya şöyle bir sorun çıkmaktadır: Acaba felsefe bu tür sorunları objektif olarak yanıtlayabilir mi? Bazı filozoflar bunu olumsuz yanıtlamaktadır. Bu görüşe göre bu sorulara verilen yanıtlar kişisel ve keyfi yanıtlardır. Dworkin soyut kavramlarla ilgili olarak yapılacak tartışmalar sonucunda ahlaksal gerçekliğin mümkün olduğunu ve insan kapasitesinin de ahlaksal gerçekliğe yaklaşabileceğini düşünmektedir. Bir başka deyişle, Dworkin ahlaksal gerçeklerin var olduğunu ve ahlaksal objektifliğin mümkün olabileceğini savunmaktadır. Ünlü filozof adil olarak kabul edilen bir şeyin daha sonra adil olmadığını ispatlanabileceğini de kabul etmektedir.⁶⁷ Yine Dworkin'e göre Warren Mahkemesinin yargısal aktivizmi ahlaksal ilkelerin objektifliği varsayımına dayanmaktadır.⁶⁸

William H. Rehnquist ahlaksal ilkelerin objektifliği konusunda Ronald Dworkin'den farklı düşünmektedir. Rehnquist "yaşayan anayasa" kavramının demokratik bir toplumda siyasal değer yargılarının doğasının tümünü inkar ettiğini söylemektedir. Rehnquist'e göre toplum bir anayasa kabul eder ve bu anayasa ile bireysel özgürlükleri güvence altına alırsa, bu güvenceler genelleştirilmiş ahlaksal haklılık ve iyilik biçimine dönüşür. Bunlar içsel değerleri nedeniyle veya herhangi bir kişinin doğal adalet düşüncesinde eşsiz bir orijine sahip olmaları nedeniyle değil, halk tarafından anayasa ya dahil edilmeleri gerekçesiyle genel bir sosyal kabule sahip olurlar. Rehnquist'e göre toplumda Anayasa ve yasalar dışında ahlaksal yargıların ele alınabileceği tek bir yer vardır, o da vatandaşların bireysel vicdanlarıdır. Mantıksal olarak benim vicdanımın başkalarının vicdanlarından daha üstün olduğunu gösterebilmek mümkün değildir. Rehnquist'e göre birçoğumuz kendi ahlaksal yargılarına çok sıkı bir biçimde bağlıdır; ancak bu ahlaksal yargı hukukun yaptırımına kavuşturulmadığı sürece kişisel ahlaksal

66. Sotirios A. Barber ve James E. Fleming, *Constitutional Interpretation: The Basic Questions* (Oxford: Oxford University Press, 2007), s. 28.

67. *Ibid.*, s. 30.

68. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (London: Duckworth, 1977), s. 138.

69. William H. Rehnquist, "The Notion of Living Constitution", *Texas Law Review*, 54 (1976), s. 704.

yargı olarak kalacaktır.⁶⁹ Ancak Barber ve Fleming'in belirttiği gibi Rehnquist değerler konusunda sübjektivizmi ve ahlaksal gerçek konusunda da kuşkuculuğu benimsemesine rağmen, demokrasinin ve özellikle de kendi anladığı demokrasi anlayışının hem doğru olduğunu hem de bu demokrasi anlayışının "genelleştirilmiş ahlaksal iyilik" olduğunu savunması Rehnquist'in tutarlı olmadığını ve çelişki içinde olduğunu bize göstermektedir.⁷⁰

Barber ve Fleming'in belirttiği gibi hiç kimse, tutarlı bir biçimde, halkın neye inanması veya işlerini nasıl yapması gerektiği noktasında yapılan tartışmalarda ahlaksal objektifliği inkar edemez. Kuşkucular kendi kendileriyle çelişmektedir; çünkü "gerçek yoktur" dediklerinde, bu söylenenden "gerçek olmadığı gerçektir" anlamı çıkmaktadır. Rehnquist kanıtlanabilir ahlaksal gerçekliğin olmadığını iddia etmesine rağmen; sonunda sadece demokrasinin hatta sadece kendi anladığı demokrasi anlayışının gerçek iyi olduğunu sonucuna varmıştır. Barber ve Fleming kategorik olarak ahlaksal gerçekliğin olduğunu iddia etmediklerini, söylemek istediklerinin anayasayı yorumlayan yargıçların görevlerini nasıl yerine getirmeleri dahil işlerimizi nasıl yapmalıyız konusundaki tartışmalarda ahlaksal objektiflik olasılığının inkar edilemeyeceğini ileri sürdüklerini belirtmişlerdir. Anayasal yorumun kendisi anayasasın gerçek anlamını veya en iyi yorumu yapmaya çalışan sorumlu ve dürüst yorumcuları varsaymaktadır. Eğer Anayasada yer alan adil yargılanma hakkı veya eşit muamele yükümlülüğü gibi kavramların ahlaksal karakterleri veya ahlaksal gerçeklikleri inkar edilemiyorsa -veya anayasanın yorumlanmasında yorum yapanların Anayasanın gerçek anlamını veya Anayasayı en iyi şekilde yorumlamayı amaçladıkları ret edilemiyorsa Dworkin'in anayasa hukukuyla ahlak felsefesinin birleşmesi gerektiği yolundaki çağrısını da dikkate almak gerekmektedir.⁷¹

Barber ve Fleming, Dworkin'in verdiği "baba" örneğini ele alarak nasıl oluyor da Dworkin'in vardığı sonuçtan bu denli emin olduğunu sorgulamaktadırlar. Dworkin neden her babanın çocukları üzerindeki otoritesinden çok, çocuklarının refahını düşüneceğini okuyucuların da kabul edeceğini düşünmektedir. Dworkin'e göre eğer baba adalet kavramını amaçlıyorsa, adaletle ilgileniyor demektir ve amacı da çocuklarına bu adalet kavramını aşılmasıdır. Eğer amacı kendi adalet anlayışıysa, bu durumda sadece çocukla-

70. Sotirios A. Barber ve James E. Fleming, *Constitutional Interpretation: The Basic Questions* (Oxford: Oxford University Press, 2007), s. 25. Ancak şu belirtilmelidir ki, bilimsel objektiflik konusunda sübjektivizmi benimsemek ahlakilik konusunda iyi veya doğru anlayışlarını kabul etmeye engel değildir. Bu konudaki en iyi örnek Hans Kelsen'dir.

71. Ibid., s. 31-32.

rın esenliğini değil, çocukları üzerindeki otoritesiyle de ilgileniyor demektir. Bu iki olasılık “iyi baba” ile “kötü baba” arasındaki fark demektir. Belirli bir otoriteye sadık kişiler bu otoritenin açıklamalarını erdemliliğini koruyacak bir biçimde yorumlamaya gayret ederler. Bu nedenle babanın kullandığı sözcükleri iyi bir babanın nasıl olduğu çerçevesinde yorumlamak durumundayız. Aynı biçimde neyin bir anayasayı iyi bir anayasa yapacağı düşüncesine göre anayasayı yorumlarız. Bu nedenle Dworkin anayasaya sadakatin bu anayasanın nasıl en iyi anayasa olacağı düşüncesini gerekçeyleştirmek üzere yorumlanmasını gerektirdiğini söylemektedir.⁷² Dworkin’in düşünce deneyimindeki babanın çocuklar karşısındaki durumu anayasa koyucuların gelecek kuşaklar karşısındaki durumunu karşılamaktadır. Dworkin’in örneğindeki baba gibi anayasa koyucular da otoriteleriyle değil, gelecek kuşakların esenliğiyle ilgilenirler.

Bu söylenenlerin yanında Ronald Dworkin yargıçların Anayasada yer alan ahlaksal ilkelerin mahkemelerce yorumlanmasının toplum açısından iyi sonuçlar doğuracağını da belirtmektedir:

“Sorun son aşamada mahkemelerin genel anayasal ilkeleri uygulayarak çözecekleri anayasal bir konu olarak görüldüğünde, genellikle kamusal tartışmanın niteliği yükselmektedir; çünkü tartışma baştan itibaren siyasal ahlak sorunları üzerinde yoğunlaşmaktadır. Yasa koyucular genellikle sadece getirdikleri tedbirin popülaritesini değil, anayasallığını da savunmak durumunda kalacaklardır ve yasayı veto eden başkanlar ve valiler de verdikleri kararları haklı göstermek için anayasal argümanlar ileri sürecektir. Anayasal sorun Yüksek Mahkeme tarafından karara bağlanınca ve eğer gelecekte verilecek kararlarla detaylandırılacak, genişletilecek, daraltılacak ve hatta ortadan kaldırılacak denli önemli bir karar söz konusu ise, gazetelerde ve diğer medya araçlarında, hukuk fakültelerinde ve yemeklerde yapılan sohbetlerde aralıksız sürdürülen ulusal bir tartışma başlayacaktır....”⁷³

Tara Smith’in belirttiği gibi orijinalistlerin anlayamadıkları hukukta kullanılan dilin bütün dillerde olduğu gibi kavramsal bir dil olduğudur. Özel adlar dışında kelimeler kavramları temsil eder ve kavramlar da objektiftir ve açık uçludur. Sözcükler sadece o sözcüğü kullanan kişinin sübjektif deneyimini yansıtmazlar. Sözcükler belirli bir kişinin belirli bir şeyle ilgili sınırlı sayıda algısal karşılaşmalarını veya bu şeyle ilgili düşüncelerini göstermez. Tara Smith “kedi”nin sadece kediler hakkındaki kanaatini değil; “kedi” dendiğinde sokaklarda miyavlayan bütün kedileri yansıttığını söylemektedir.⁷⁴ Tara Smith kavramların objektifliği ve hukukta kavramların uygulanması hususunda şunları söylemektedir:

72. Ibid., s. 32. Bu görüş Kant’ın ahlak anlayışının benimsendiğini göstermektedir.

73. Ronald Dworkin, “Learned Hand”, *Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution*, (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996), s. 345.

“Benim belirli bir yasayı yanlış anlamam benim o yasaya uyma yükümlülüğümü ortadan kaldırmadığı gibi neye uymam gerektiği hususunu da değiştirmez. Uygulamada her zaman yazılı hukukun anlamının objektif olduğunu kabul ederiz. İşin aslında kavramların ucu açık ve objektif olmaları yasaların gelecekte uygulanabilmesini sağlar. 18. yüzyılda yazılmış bir yasanın 21. yüzyıldaki uyumsuzluklara tatbik edilmesi, o yasada kullanılan dilin yasa koyucuların karşılaşılabileceklerinden veya hayal edebileceklerinden çok daha fazla sayıda örneklere atıf yapan bir dil olması nedeniyledir. Orijinalistlerin korktuğu gibi kavramların açık uçlu olmaları, hukukun objektifliğine bir tehdit olmaktan çok, hukukun objektif olarak uygulanmasını sağlamaktadır.”⁷⁵

Yine Tara Smith bir başka makalesinde yargıçların objektif olabilmeleri için filozofik ve kavramsal olmaları gerektiğini belirtmektedir. Bunun nedeni yasaların ve anayasanın hiçbir hükmünün felsefeden, daha doğrusu hukuk sisteminin felsefesinden bağımsız bir biçimde yorumlanamayacağı gerçeğinde yatmaktadır. Anayasa ve yasalar kendi kendilerine yeterli ve bağımsız olgular değildir. Yasalar ve anayasa toplum içinde belirli bir görevi yerine getirmek üzere çıkarılırlar ve bunlar devletin var olduğu daha geniş amaca hizmet ettikleri ölçüde otorite kazanır. Bu nedenle yasalar ve anayasalar bu bağlamdan koparılamaz ve bu bağlam dışında da anlaşılabilir.⁷⁶

Barber ve Fleming Dworkin'e göre anayasa nedir sorusunun iki şekilde yanıtlanabileceğini belirtmektedirler. Anayasa ya Rehnquist'in belirttiği gibi somut tarihsel anlayışlardan oluşan bir kanundur veya soyut ahlaksal kavramlardan oluşan bir metindir. Bu yanıtların ise yorum konusu açısından önemli sonuçları söz konusudur.⁷⁷ Eğer anayasa metni soyut ahlaksal hükümlerden oluşan bir metin ise bu metnin okunmasının Dworkin'in söylediği biçimde gerçekleşmesi gerekir.

Ronald Dworkin'in hukuk teorisi özünde hukuksal sorunlara verilecek doğru yanıtın ahlaksal sorunlara verilecek doğru yanıtlara dayandığıdır. Bu da temelde ahlaksal objektifliğin varlığını varsaymak demektir. Ahlaksal objektiflik kabul edilmediği sürece hukukun hukuksal sorunlara belirli yanıtlar verebileceğini savunmak mümkün olamazdı.

74. Smith, Tara, “Originalism’s Mislplaced Fidelity: ‘Original Meaning is not Objective’”, 26 *Constitutional Commentary* (2009-2010), s. 28-29.

75. *Ibid.*, s. 35.

76. Tara Smith, “Why Originalism Won’t Die-Common Mistakes in Competing Theories of Judicial Interpretation”, 2 *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy* (2007), s. 208. Ancak yazar Dworkin'in yargısal yoruma çok fazla felsefe soktuğunu ileri sürmektedir. Yazara göre Dworkin'in sisteminde yargıçların yasa koyucunun yerine geçen filozof-krallar haline dönüşmesi tehlikesi vardır.

77. Sotirios A. Barber ve James E. Fleming, *Constitutional Interpretation: The Basic Questions* (Oxford: Oxford University Press, 2007), s. 33. Dworkin bu görüşünü ünlü yapıtı *Law’s Empire*'de da açıkça vurgulamıştır. Bakınız: Ronald Dworkin, *Law’s Empire* (Oxford: Hart Publishing, 2000), s. 363-365. Bu yapıtın ilk baskı tarihi 1986'dır. Dworkin bu konuda şunları söylemektedir: “Ondördüncü Değişikliğe oy verenlerin düşüncelerini irksal sorunun her açıdan değişmiş olduğu yüzyıl sonra Amerika Birleşik Devletleri'nin kamusal ahlakı olarak kabul etmek absürd bir şey olacaktır.” (s. 365).

Bir başka deyişle, Dworkin'in teorisinde hukuksal sorunlara doğru yanıtlar ahlaksal ilkelere kaynaklanmaktadır.⁷⁸

FELSEFİ YAKLAŞIMA YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLER VE FELSEFİ YAKLAŞIMIN ÜLKEMİZ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Barber ve Fleming Dworkin'in anayasa hukukuyla ahlak felsefesinin eriyip birbiriyle kaynaşması gerektiği yolundaki görüşlerinin zor davaları çözüme ulaştırmada tek yol olduğunu belirttikten sonra, bu görüşe yönelik önemli eleştirilerin olduğunu belirtmişlerdir. Barber ve Fleming bu eleştirileri dört başlık altında toplamaktadırlar. Eleştirilere göre felsefi yaklaşım (1) demokratik değildir, (2) Amerika'ya özgü değildir, (3) tehlikelidir ve/veya (4) başarısızdır. Bu konuda Barber ve Fleming aynen şunları yazmaktadırlar:

“Bazı teorisyenler ve hukukçular anayasa hukukuyla ahlak felsefesinin herhangi bir biçimde birbiri içinde eriyip kaynaşmasının demokratik olmadığını düşünmektedir; çünkü bu kişiler felsefeyi normal yaşamın ve normal insanların ilgilerinin ve kapasitelerinin ötesinde sosyal olarak bağlantısız gerçekler için arayışla ilişkilendirmektedir. Bazıları felsefi sorunlarla kamunun meşguliyetini hem tehlikeli hem de bunun Amerika'ya özgü bir şey olmadığına inanmaktadırlar; çünkü onlara göre Amerika'nın kurucu babaları kasıtlı olarak politikayı büyük felsefi ve teolojik sorunlardan uzaklaştırarak uzlaşılabilir ekonomik ilgilere yöneltmeyi amaçlamışlardır. Bazı teorisyenler ve hukukçular da felsefi arayışları başarısız ve kısır bulmaktadırlar; çünkü bu kişiler felsefe ile gerçek için arayış arasındaki ilişkiyi toplumsal anlaşma ötesi olarak kabul etmektedir ve bunlar gerçeği anlaşma ötesi gerçek olarak ele almamakta gerçeğin –bazı ilgili toplulukların neye inanıyorlarsa ve inandıkları ne olursa olsun onların temsili veya uygunluğu olarak düşünülen gerçek- kendisi olarak görmektedir.”⁷⁹

Robert H. Bork Dworkin'in görüşlerinin demokratik olmadığını ve düşünürün yargılara fazla yetki verdiğini ve Anayasayı yanlış yorumladığını belirterek eleştirmektedir. Robert H. Bork'a göre eğer Anayasada etik ve ahlaksal seçimler yapılmamışsa, ki yaza göre Amerika Birleşik Devletleri Anayasasında böyle bir seçim yapılmamıştır, yargıların topluluğun yasalar konusundaki değerlendirmelerini ortadan kaldırmalarında da-

78. David Lyons, “Moral Limits of Dworkin's Theory of Law and Legal Interpretation”, *Boston University Law Review*, 90 (2010), s. 595. Niyazi Öktem'in belirttiği gibi “hukuk felsefesinin önemini ağırlıklı bir biçimde vurgulayarak ‘dünya hukuk camiasının’ dikkatini çeken ilk düşünür bize göre Ronald Dworkin'dir.” Bakınız: Niyazi Öktem, “Ronald Dworkin ve Hukuk Felsefesi”, *Anayasa Yargısı* 28 (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayını, 2011), s. 83. Ayrıca bakınız: Ahmet Ulvi Türkbağ, “Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları”, *Anayasa Yargısı* 28 (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayını, 2011), s. 71-82.

79. Sotirios A. Barber ve James E. Fleming, *Constitutional Interpretation: The Basic Questions* (Oxford: Oxford University Press, 2007), s. 77.

yanabilecekleri kendi değerleri dışında başka hiçbir şey bulunmamaktadır.⁸⁰ Thomas B. Griffith de Bork'un düşüncelerine dayanarak Ronald Dworkin'in anayasanın ahlaksal okunuşuyla ilgili görüşleri konusunda şunları belirtmektedir:

“Buna ek olarak ayrıntılar üzerinde dikkatle ve çok çalışarak meslektaşlarım ve ben önümüzdeki uyuşmazlığı anlayabiliriz ve gerçekleştireceğimiz yeterli çalışmayla ve tartışmayla uyuşmazlığı çözecek olan hukuksal prensipleri de belirleyebiliriz. Profesör Dworkin'in ele almamız konusunda bizleri cesaretlendirdiği siyasal ahlakın zorlu, tartışmalı ve derin sorunlarını yanıtlayabileceğimize ise daha az güvenim vardır. Yargıçların toplum için bu tür soruları yanıtlayabilmede yeterli olup olamayacakları sorunu bir yana, Anayasanın yargıçların bu tür tartışmalı kararlar vermelerini amaçlamadığı açıkça ortadadır. Bunun yerine bu konularda karar verme iktidarı Bizlere yani Halka aittir. Halk olarak Bizler tartışmalı konularda karar vermek üzere çoğunluk ilkesine göre temsilcilerimizi seçmekteyiz. Kurucuların çoğunluk yönetimine karşı güvence altına aldığı bireysel özgürlük alanı ihlal edilemez. Mahkemelerin yegane rolü Biz Halkın belirlediği değer tercihlerini uygulayarak önlerindeki uyuşmazlıkları düzgün bir biçimde çözmektir.”⁸¹

Barber ve Fleming bu eleştirileri şöyle yanıtlamaktadırlar: Anayasa hukukunun tartışmalı felsefi seçimleri içerdiğini belirtmektedirler. Yazarlara göre yargıçların bu konuları ele almaları bir zorunluluktan doğmaktadır. Yani yaptıkları iş bunu gerektirmektedir. Ahlaki kavramların tartışmalı olduğu yolundaki eleştirileri ise yazarlar anayasa hukukunda tartışmalı konuların olmasının yorum yönetmeleriyle bir ilgisi olmadığını belirttikten

80. Robert H. Bork, “Neutral Principles and Some First Amendment Problems,” *Indiana Law Journal* 47 (1971), s. 10. Robert H. Bork anayasa hukuku anlayışını bu makalede şöyle açıklamaktadır: “Her hâükarda Madison modelinin temel öncüllerinden biri çoğunlukçuluktur. Model çoğunlukçuluk karşıtı öncüle de sahiptir; çünkü yaşamın çoğunluğun denetleyemediği bazı alanları olduğu da varsayılmaktadır. Çoğunluk ne denli demokratik bir biçimde karar verecek olursa olsun, yapamayacağı bazı şeyler vardır. Bu alanlar bireysel özgürlüğe bırakılmıştır ve yaşamın bu alanlarında çoğunluğun zor kullanması despotluk olacaktır. Bazıları bu modelin içsel belki de çözülemez bir açmaz içerdiği görüşündedir. Eğer yasalar bireysel özgürlük alanına bırakılmış alanlara tecavüz ediyorsa çoğunluk istibdadı ortaya çıkar. Eğer çoğunluk iktidarının meşru olduğu alanlarda çoğunluğun yönetmesi engelleniyorsa bu kez de azınlık istibdadı ortaya çıkacaktır. Ancak şurası son derece açıktır ki, ne çoğunluğun ne de azınlığın diğerinin özgürlük alanını belirlemesine güvenilemez. Bu açmaz anayasa teorisinde ve halkın mutabakatıyla Yüksek Mahkemeye anayasayı yorumlayarak çoğunluğun ve azınlığın her ikisinin özgürlüğünü belirleme iktidarı verilerek çözüme kavuşturulmuştur. Toplum Anayasada ilan edildiği düşünülen bazı kalıcı ve çoğunluğun ulaşamayacağı ilkeler içinde demokratik olmayan bir biçimde yönetilmeye rıza göstermiştir. Ama bu açmazın bu biçimde çözümü Mahkemeye çok ciddi gereklilikler yüklemektedir. Çünkü Mahkemenin iktidarı ayrı ayrı olmak üzere çoğunluğun ve azınlığın özgürlük alanlarıyla ilgili Anayasadan kaynaklanan ve gerekçelendirilebilen geçerli bir teorisi varsa meşrudur. Eğer Mahkemenin böyle bir teorisi yoksa ve sadece kendi değer seçeneklerini dayatıyorsa veya daha da kötüsü bir teoriye sahipmiş gibi davranıp ama gerçekte kendi tercihlerini izliyorsa, Mahkeme iktidarını haklılaştıran Madison modelinin varsayımlarını ihlal etmektedir. Bu durumda Mahkeme ister istemez ya çoğunluğun ya da azınlığın istibdadına ortak olmaktadır (s. 3).” Robert H. Bork'un görüşleri için bakınız: Robert H. Bork, *The Tempting of America* (New York: Free Press, 1990).

81. Thomas B. Griffith, “Was Bork Right About Judges”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 34 (2011), s. 167.

sonra, bu durumun sağlıklı da olmadığını belirtmektedirler. Anayasa hukukunda sorunlar üzerinde tartışma olamamasının her zaman iyi bir şey de olmadığını belirtmişlerdir. Bir yorum yönteminin başarılı bir yöntem olmasıyla anayasa hukukunda tartışmaların olmaması arasında bir ilişki yoktur.⁸²

Dworkin hukuk uygulamalarının anlamına büyük önem vermiş ve yargıçların gerçek kuramsal anlaşmazlıkları çözümlenmelerinde teorisyenler gibi davranmaları gerektiğini belirtmiştir. Dworkin'e göre farklı hukuk uygulayıcılarının hukuk uygulamasıyla ilgili farklı anlayışları veya yorumları söz konusudur. Dworkin'e göre yargıçlar ahlaksal ilkelere yapılan başvurularla geçmiş hukuksal materyallere uyum kriterlerine bağlı olarak uygulamanın olası en iyi yorumunu yapmalıdır. Bilindiği gibi Dworkin bunu yapıcı yorum olarak adlandırmaktadır. Dworkin'e göre normatif gerçeklerin objektifliğiyle ilgili ahlaksal yargılarımız sabit ahlaksal iddiaları varsaymaktadır.⁸³ Dayanıklı normatif gerekçelerin gerçekliğini savunan Veronica Rodriguez-Blanco bu görüşün Dworkin'in yapıcı yorum teorisinin temelini sarstığını ileri sürmüştür. Rodriguez-Blanco "evlilikte eşe tecavüzün objektif olarak ve güçlü bir biçimde ahlaksal açıdan yanlış olduğu" ifadesinin, kişinin eşine zarar vermesinin veya kişinin eşinin özerkliğini zedelemesinin yanlış olduğu yolundaki sabit ahlaksal iddiaları varsaydığını; ancak Dworkin'in bu tür ifadelerin yanlışlığının, belirli bir zamanda ahlaksal inançlarımızdan bağımsız olarak, varolan "özerklik" ve "yanlışlık" gibi normatif gerçeklere dayandığı gerçeğini kabul etmediğini belirtmektedir. Dworkin tarafından formüle edilen "olası en iyi yorum açısından hukukun söylediği nedir?" sorusu Rodriguez-Blanco'ya göre yanıltıcıdır. Çünkü bu soru bizi pratik ve üzerinde düşünülmüş akıl yürütme yerine teorik akıl yürütmeye zorlamaktadır. Dworkin'e göre eğer bir yargıç olarak hukukun ne söylediğini karar vermek durumundaysam, niye bir yargıç olarak şu veya bu içtihadı izlemem gerektiğini ve şu veya bu "ilke", "değer", "ödev" veya "yükümlülük" temelinde bunu değiştirmem gerektiğine karar vermeliyim. Bu düşünüş tarzı pratik akıl yürütmedir. Eğer bu soru Dworkin'in yaptığı gibi hukukun ne olduğu konusunda olası en iyi anlayış olarak düşünülecek olursa, normatif varlıkların güçlü gerçekliğine de ihtiyaç kalmayacaktır. Bu durumda değerlerin ne olduğu ve neler yapılması gerektiğine bakmamıza da gerek kalmamaktadır. Yapılması gereken gerçekliğin ne olduğunu yansıtan aynalara ve bu gerçekliği temsil eden anlayışlara bakmam ve bu tür anlayışların en iyi nasıl yorumlanacağına karar vermem gerekmektedir. Dworkin'in yapıcı yorumu gerçek anlamda hu-

82. Sotirios A. Barber ve James E. Fleming, *Constitutional Interpretation: The Basic Questions* (Oxford: Oxford University Press, 2007), s. 164-165.

83. Ronald Dworkin (1986) *Law's Empire* (Oxford: Hart Publishing, 2000).

kukun ne olduğunu belirlememektedir. Bu belirlemenin yapılabilmesi için ise birinci şahıs olarak müzakereci bir tutum almamız gerekir. “Ne yapmam gerekir?” sorusu “yargıç olarak ne yapmam gerekir?” sorusuyla devam etmektedir. Bir yargıç ve bir insan olarak “konuyu hal etmeliyim” ve “doğru yanıtı” bulmalıyım ve bunun olabilmesi için de normatif gerçeklerin ontolojik varlığına bağlanmam gerekir. Bir başka deyişle, normatif varlıkların ontolojik varlığını kabul etmeden doğru yanıt bulunamaz. Yargıç olarak sadece geçmiş uygulamaların farklı anlaşılışlarına, geçmişte verilen kararlara ve ahlaksal savlarımıza ve sonunda yapılabilecek en iyi yoruma başvuruyorum; bunun yanında neyin zorunlu, neyin görevim, neyin doğru ve neyin yanlış olduğuyula da ilgileniyorum. Ve bana bir yargıç olarak niye böyle karar verdiğim sorulduğunda da, ben objektif olarak o kişinin yanlış yaptığını ve daha önce verilen kararların ise yanlış olduğunu söylerim.⁸⁴ Bu eleştiriler kanımca da Dworkin’in yapıcı yorum görüşünü derinden sarsmaktadır.

Ronald Dworkin kuramını ABD Anayasasını esas olarak geliştirmiştir ve bu deneyimin dünyada gittikçe yaygınlaştığını ileri sürmektedir. Bu konuda Dworkin şunları belirtmektedir:

“Bir ulus olarak bizim temel deneyimimiz ve ülkemizin siyasal ahlaka en büyük katkısı aşağıdaki ifadelerle bir üçgen oluşturan şu büyük düşüncede yatmaktadır. İlk olarak demokrasinin yalnızca çoğunluk yönetimi olarak ele alınmayıp, kendi kendini yönetmede ortak bir girişim olarak kabul edilmesidir. İkincisi ahlaksal ilkelere dayanan anayasanın bireylerin tek tek topluma tam üyeliklerinin gereklerini güvence altına almalarını yapılandıran ve bunun gerçekleşmesini olası bir duruma getiren ortak bir girişim olmasıdır. Üçüncüsü tarihimiz bizleri –hukuk konusunda eğitilmiş erkek ve kadınlardan oluşan- yargıçlara eşit vatandaşlığın garantilerini uygulama yetkisi veren bir kurumsal stratejiye bağlamasıdır. Bunlar büyük siyasal tutkulardır ve bu nedenle bu büyük siyasal maceranın birçok tehlikesi de bulunmaktadır. Bu maceramız bir çok tehlike içermesine rağmen gıpta edilen bir macera olmuştur ve günümüzde Strasbourg’dan Cape Town’a Budapeşte’den Delhi’ye gittikçe artan sayıda olmak üzere kopya edilmiştir ve edilmektedir.”⁸⁵

Acaba Amerika Birleşik Devletleri’nin bu deneyimi ülkemizde Amerika’da olduğu gibi aynı başarıyı sağlayabilir mi? Ronald Dworkin’in görüşleri ele alınırken common law ve roma hukuku sistemleri arasındaki farklılıklar dikkate alınmalıdır. Dworkin teorisini common law sistemi içinde ve temelde bu sistem için geliştirmiştir. Ancak bu

84. Veronica Rodriguez-Blanco, “If You Cannot Help Being Committed to It, then It Exists: A Defence of Robust Normative Realism”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 32, No. 4 (2012), s. 838-841. Ayrıca bakınız: Veronica Rodriguez-Blanco, “‘Genuine’ Disagreements: A Realist Reinterpretation of Dworkin”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 21, No. 4 (2001), s. 649-671.

85. Ronald Dworkin, “The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve”, *Fordham Law Review* 65 (1996-1997), s. 1268.

husus dikkate alındıktan sonra, Dworkin'in görüşlerinden roma hukuku sistemine sahip ülkelerde hiçbir biçimde yararlanılamayacağı sonucu çıkarılamaz. Önemli nokta Dworkin'in teorisinin common law sistemiyle çok yakın bir ilişki içinde olduğunu bilmektir. Kuşkusuz bu teoriyi iyi anlayabilmek için biraz da olsa common law sistemini anlamak gerekir.

İkinci olarak vurgulanması gereken husus anayasanın ahlaksal okunuşunun sağlıklı bir biçimde gerçekleşebilmesi için ABD Anayasası gibi kısa, ayrıntılara girmeyen ve soyut ahlaksal ilkelerden oluşan bir anayasanın varolması gerekmektedir. 1961 ve 1982 Anayasaları gibi uzun, ayrıntılı yani kazuistik yöntemle hazırlanmış ve hak ve özgürlüklerle ilgili çok sayıda sınırlandırma nedenleri içeren anayasaların ahlaksal okunuşa çok uygun olmadıkları ortadadır. Ayrıca 1982 Anayasası bütünüyle anti-demokratik ve temsili olmayan yöntemlerle hazırlanmış ve son sözü de beş generalden oluşan Milli Güvenlik Konseyi söylemiştir. 1983'de demokrasiye geçişle birlikte 1982 Anayasası eleştirilmiş ve değiştirilmesi gerektiği sürekli vurgulanmıştır. Bu nedenle de 1982 Anayasasında büyük değişiklikler yapılmıştır. Değişikliklerin yönü liberalleşme ve demokratikleşme yönünde olmuştur. Ancak bu gerçekleştirilen değişiklikler 1982 Anayasasının otoriter, vesayetçi ve anti-demokratik özelliklerini tam anlamıyla ortadan kaldıramamıştır.⁸⁶

1982 Anayasası Cumhuriyetin kurucu felsefesinin izlerini taşımaktadır. Bir başka deyişle, 1982 Anayasası Kemalizm'in mirasını vurgulayan bir anayasadır. Türk milliyetçiliği, laiklik ve aşırı merkezîyetçi üniter devlet bu anayasada özellikle vurgulanmıştır. Tek parti ideolojisinin oybirliği tutkusu da anayasaya yansımıştır. "Bölünmez bütünlük" ilkesi anayasadaki ifadeyle "devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü" ilgili ilgisiz anayasasın birçok maddesine serpiştirilmiştir.⁸⁷ 1982 Anayasasının Başlangıç kısmında "Türk Vatanı ve Milletinin ebedi varlığını ve Yüce Türk Devletinin bölünmez bütünlüğünü belirleyen bu Anayasa, Türkiye Cumhuriyetinin kurucusu, ölümsüz önder ve eşsiz kahraman Atatürk'ün belirlediği milliyetçilik anlayışı ve O'nun inkılâp ve ilkeleri doğrultusunda...yorumlanıp uygulanmak üzere" kabul edildiği belirtilmektedir. Anayasanın 176. maddesi Başlangıç kısmının anayasa metnine dahil olduğunu hükme bağlamıştır. Anayasanın 2. maddesi Türkiye Cumhuriyetinin Atatürk milliyetçiliğine bağlı bir dev-

86. Bakınız: Ergun Özbudun ve Ömer Faruk Gençkaya, *Democratization and the Politics of Constitution-Making in Turkey* (Budapest: Central European University Press, 2009).

87. Ergun Özbudun, "The Turkish Constitutional Court and Political Crisis", *Democracy, Islam & Secularism in Turkey*, edited by Ahmet T. Kuru & Alfred Stepan (New York: Columbia University Press, 2012), s.150.

let olduğu vurgulanmaktadır. Anayasanın 42. maddesi “Eğitim ve öğretim, Atatürk ilkeleri ve inkılâpları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılmaz.” Demektedir. 1982 Anayasasının 174. maddesi de Anayasanın hiçbir hükmünün Türk toplumunu çağdaş uygarlık seviyesinin üstüne çıkarma ve Türkiye Cumhuriyetinin lâiklik niteliğini koruma amacını güden, inkılâp kanunlarının Anayasaya aykırı olduğu şeklinde anlaşılamayacağını ve yorumlanamayacağını kurallaştırmıştır. Bu hükümler bakımından 1982 Anayasasının orjinalist yorumu nerdeyse zorunlu bir hale getirdiği söylenebilir. Orijinalizmin bizdeki biçimi sadece Atatürk’ün idealleri ve ilkeleri üzerine yoğunlaşmaktadır. Anayasanın bu tür hükümlerinde orijinalist yorumun reddi de Atatürkçülüğün ve Atatürk devrimlerinin reddi olarak anlaşılmaktadır.⁸⁸ Bütün bunlar düşünüldüğünde 1982 Anayasasının 1961 Anayasasına göre ahlaksal okumaya açısından daha sorunlu olduğu ortaya çıkmaktadır.

Ancak 1982 Anayasasında temel hak ve özgürlükler konusunda yapılan değişikliklerle önemli gelişmeler sağlanmış ve şu an Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sistemi benimsenmiş gözükmemektedir. Ayrıca hak ve özgürlükler konusunda bireysel başvurunun kabul edilmesi de bu konudaki önemli bir gelişmedir.

1961 Anayasası temel hak ve özgürlüklere 1924 Anayasasına göre daha geniş ve daha güvenceli bir yer vermiştir. Türkiye Cumhuriyetinin niteliklerin belirten 2. maddede bu nitelikler arasında “insan haklarına...dayanan...devlet” olma niteliği de sayılmıştır. Bu bize liberal bir siyasal rejimin kabul edildiğini göstermektedir. 1961 Anayasasında özgürlükler düzenlenirken neleri yapamayacağı belirtilmiştir. Nihayet 1961 Anayasası yasaların Anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi sistemini kabul etmiştir. Böylece de kişi hak ve özgürlüğünü daha güvenceli bir duruma getirecek bir düzenleme getirilmeye çalışılmıştır. Ahlaksal okuma açısından 1961 Anayasasının özgürlüklerle ilgili hükümleri fazla sorunlu görülmeyebilir.

1924 Anayasasının kısa bir anayasa olması bu anayasanın ahlaksal okuma bakımından 1961 ve 1982 Anayasalarından daha iyi bir yerde olduğu izlenimini vermektedir. Ancak 1924 Anayasası çoğu zaman özgürlüklerin sadece adını saymakla yetinmiş ve sınırlamanın kanunla düzenleneceğini hükme bağlamıştır. 1924 Anayasasının çoğunlukçu demokrasi anlayışını benimsemiştir. Ergun Özbudun’un sözleriyle,

88. Bakınız: Ozan O. Varol, “The Origins and limits of Originalism: A Comparative Study”, 44 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (2011), s. 1261, 1284.

“Gerçekten, eğer Meclis ‘milletin yegane ve hakiki mümessili’ sayılıyor ve egemenliği millet adına onun kullandığı kabul ediliyorsa, diğer bir deyimle meclis iradesi milli irade ile özdeş addediliyorsa, o meclisin yetkilerini herhangi bir şekilde sınırlandırma mantıksız olurdu. Meclis’in iradesi de pratikte daima Meclis çoğunluğunun iradesi şeklinde tezahür edeceğinden, ortaya tam bir ‘çoğunlukçu demokrasi’ modeli çıkıyordu.”⁸⁹

Bu nedenle 1924 Anayasası 1961 Anayasasından daha farklı bir yerdedir. Zaten 1924 Anayasası döneminde yasaların anayasa uygunluğunun denetimi de söz konusu olmamıştır.

Amerika Birleşik Devletleri Anayasasının 1787 tarihli olması ve anayasada değişiklik yapabilmenin güçlüğü bu ülkede yorum konusunun önemini artırmıştır. Amerika’da orijinalistler ve orijinalist olmayanlar arasındaki tartışmanın canlılığı ve zenginliği dünyanın başka hiçbir yerinde görülmemektedir. “Yaşayan anayasa” veya Dworkin’in yorum kuramı “arkaik” sayılabilecek bir anayasanın günümüz koşullarına uydurulması çabası olarak da anlaşılabilir. Oysa ülkemizde şu an yürürlükte olan anayasa 1982 tarihlidir ve şu ana kadar on sekiz kez değişikliğe uğramıştır. Bu nedenle anayasa hukukunda yorum konusunun ülkemizde Amerika’dakinden çok daha az önemli olduğu ve bu nedenle de Amerika’daki tartışmaların bizim için fazla bir önem taşımadığı söylenebilir.

Bir başka tartışılması gereken husus da, Ronald Dworkin’in Anayasasının ahlaksal okunuşu acaba Türkiye gibi “demokrasi açığı” olan ülkelerde ne derece geçerli veya olumlu olacaktır. Her şeyden önce şunu belirtilmek gerekir ki, Amerika Birleşik Devletleri dünyadaki bütün ülkelerden farklı özelliklere sahip bir ülkedir. Bu nedenle ABD’de geçerli herhangi bir şey otomatik olarak başka ülkelerde de geçerlidir denemez. Çoğunluğun yönetiminin sık sık askeri darbelerle kesintiye uğradığı, demokrasinin asker ve sivil bürokratların vesayeti altında işlediği ve demokrasiyi yerleştirmeye çalışan, yani *demokrasi açığı* olan ülkelerde demokrasinin aşırılıklarından söz etmek acaba ne derece gerçekçidir? Ancak hemen belirtmek gerekir ki, ne olursa olsun ülkemizde de çoğunluğun yani iktidarın denetlenmesi gerekmektedir.⁹⁰ Anayasasının ahlaksal okunuşu bu nedenle her zaman ülkemiz açısından da geçerlidir ve önemlidir.

Zaman zaman “çoğunlukçu öncülün” ülkede gericiliğe neden olacağı düşüncesiyle beğenilmediği, zaman zaman çoğunluğun ülkede her şeyi yapabileceğini düşündüğü,

89. Ergun Özbudun, *1924 Anayasası* (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2012), s. 80.

90. Ülkemizde önemli bir sorun da yargıçların devletle birey arasındaki ilişkilerde yansız hareket etmemeleri genellikle devletçi bir zihniyetle kararlar vermeleridir. Anayasasının yargıçlar tarafından ahlaksal okunuşu bu derde de deva olabilir.

mahkemelerin ve yargıçların *bağımsızlığının* ve *yansızlığının* tam anlamıyla sağlanamadığı, askerlerin ve yargıçların kendilerini siyasiler üzerinde vesayet yetkisine sahip kişiler olarak gördükleri, Türkiye gibi ülkelerde anayasanın ahlaksal yorumunun gerçekleştirilmesi için ilk yapılması gereken, yargıçların gerçek anlamda bağımsızlıklarının ve yansızlıklarının sağlanmasıdır.

Anayasanın ahlaksal okunuşunu savunuyorsak Dworkin'in belirttiği gibi *çoğunlukçu demokrasiyi değil ortaklık demokrasini* savunmak durumundayız:

“...çoğu insanın yegane demokrasi modeli olarak kabul ettiği çoğunlukçu demokrasi için dramatik bir sonuca ulaşmış bulunuyoruz. Derinlemesine yapılan bir teorik sorgulamada, bu modelin sınıfta kaldığı görülmektedir. Bu durumda elimizde kalan alternatif nedir? Bize kalan tek alternatif, ‘kasabadaki tek oyun’, ortaklık demokrasisidir.”⁹¹

Eğer Dworkin'in “ortaklık demokrasisi” olarak adlandırdığı demokratik rejimi gerçekleştirebilecek bir anayasaya sahip olabilirsek, anayasanın ahlaksal yorumlanması konusundaki engeller de büyük ölçüde kalkmış olacaktır.

KAYNAKLAR

- Aliefendioğlu, Yılmaz, *Anayasa Yargısı* (Ankara: Yetkin Yayınları, 1997).
- Aronovitch, Hilliard, “Liberal Reading of the American Constitution”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* (July 1997), s. 521-534.
- Barber, Sotirios A. ve James E. Fleming, *Constitutional Interpretation: The Basic Questions* (Oxford: Oxford University Press, 2007).
- Berger, Raoul, “Ronald Dworkin’s *The Moral Reading of the Constitution: A Critique*”, *72 Indiana Law Journal* (1996-1997), s. 1099-1114.
- Brennan, Jr, William J., “The Constitution of the United States: Contemporary Ratification”, *43 Guild Proc.* 1 (1986), s. 1-16.
- Bork, Robert H., “Neutral Principles and Some First Amendment Problems,” *Indiana Law Journal* 47 (1971), s. 1-35.
- Bork, Robert H. *The Tempting of America* (New York: Free Press, 1990).
- Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously* (London: Duckworth, 1977).
- Ronald “Law as Interpretation”, *Texas Law Review*, Vol. 60 (1981-1982), s. 527-550.
- Dworkin, Ronald “‘Natural Law’ Revisited”, *University of Florida Law Review*, Vol. XXXIV (Winter 1982), s. 165-188.
- Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle* (Cambridge, : Massachusetts: Harvard University Press, 1985).
- Dworkin, Ronald, (1986) *Law’s Empire* (Oxford: Hart Publishing, 2000).
- Dworkin, Ronald, *Freedoms Law: The Moral Reading of the American Constitution* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996).

91. Ronald Dworkin, “Moral Basis for a Political Constitution”, *Anayasa Yargısı* 28 (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayını, 2011), s. 51.

- Dworkin, Ronald, "The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve", *Fordham Law Review* 65 (1996-1997), s. 1249-1268
- Dworkin, Ronald, "Comment", Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law* (Princeton: Princeton University Press, 1997), s.
- Dworkin, Ronald, *Justice in Robes* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006).
- Dworkin, Ronald, "Looking for Cass Sunstein", *The New York Review of Books*, April 30, 2009.
- Dworkin, Ronald, *Justice for Hedgehogs* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2011).
- Dworkin, Ronald, "Moral Basis for a Political Constitution", *Anayasa Yargısı* 28 (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayını, 2011), s. 41-52.
- Fuller, Lon, "Positivism and Fidelity to Law-A Reply to Professor Hart", 71 *Harvard Law Review* (1957), s. 630-672.
- Goldsworthy, Jeffrey, "Dworkin as an Originalist", 17 *Const. Comment* (2000), s. 49-78.
- Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukun Genel Teorisi Cilt I* (Bursa: Ekin Yayınları, 2011).
- Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukun Genel Teorisi Cilt II* (Bursa: Ekin Yayınları, 2011).
- Grey, Thomas C., "Do We have an Unwritten Constitution?", *Stanford Law Review* 27 (1974-1975), s. 703-718.
- Hart, H.L.A., "Positivism and the Separation of Law and Morals", 71 *Harvard Law Review* (1957), s. 593-629.
- Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, İkinci Baskı, der. Penelope A. Bulloch & Joseph Raz (Oxford: Oxford University Press, 1994).
- Hoy, David Couzens, "Dworkin's Constructive Optimism v. Deconstructive Legal Nihilism", 6 *Law and Philosophy* (1987), s. 321-356.
- Kavanagh, Aileen, "The Idea of living Constitution", 16 *Canadian. Journal of law and Jurisprudence*, (2003), s. 55-89.
- Lyons, David, "Moral Limits of Dworkin's Theory of Law and Legal Interpretation", 90 *Boston University Law Review*, (2010), s. 595-602
- Marmor, Andrei, *Interpretation and Legal Theory*, İkinci Baskı (Oxford: Hart Publishing, 2005).
- Metin, Sevtap, "Ronald Dworkin'in Hukuk teorisinde Yorum Yaklaşımı", 61 *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* (2003), s. 35-83.
- Metin, Yüksel, *Anayasanın Yorumlanması* (Ankara: Asıl Yayın Dağıtım Ltd. Şti., 2008).
- Öktem, Niyazi, "Ronald Dworkin ve Hukuk Felsefesi", *Anayasa Yargısı* 28 (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayını, 2011), s. 83-96.
- Özbudun, Ergun ve Ömer Faruk Gençkaya, *Democratization and the Politics of Constitution-Making in Turkey* (Budapest: Central European University Press, 2009).
- Özbudun, Ergun, "The Turkish Constitutional Court and Political Crisis", *Democracy, Islam & Secularism in Turkey*, edited by Ahmet T. Kuru & Alfred Stepan (New York: Columbia University Press, 2012), s.
- Özbudun, Ergun, *1924 Anayasası* (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2012).
- Rehnquist, William H., 54 "The Notion of Living Constitution", *Texas Law Review*, (1976), s. 693-706.
- Rodriguez-Blanco, Veronica, "'Genuine' Disagreements: A Realist Reinterpretation of Dworkin", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 21, No. 4 (2001), s. 649-671.
- Rodriguez-Blanco, Veronica, "If You Cannot Help Being Committed to It, then It Exists: A Defence of Robust Normative Realism", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 32, No. 4 (2012), s. 823-841.
- Schauer, Frederick, *Thinking Like a Lawyer* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2009).
- Smith, Tara, "Why Originalism Won't Die-Common Mistakes in Competing Theories of Judicial Interpretation", 2 *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy* (2007), s. 159-215.
- Smith, Tara, "Originalism's Misplaced Fidelity: 'Original Meaning is not Objective'", 26 *Constitutional Commentary* (2009-2010), s. 1-57.

- Thomas B. Griffith, 34 “Was Bork Right About Judges”, *Harvard Journal of law & Public Policy*, (2011), s. 157-169.
- Türkbağ, Ahmet Ulvi, *Kanıtlanamayanı Kanıtlamak: Ronald Dworkin'in Hukuk Kuramı 2. Baskı* (İstanbul: Derin Yayınları, 2010).
- Türkbağ, Ahmet Ulvi, “Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları”, *Anayasa Yargısı* 28 (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayını, 2011), s. 71-82.
- Varol, Ozan O., “The Origins and limits of Originalism: A Comparative Study”, 44 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (2011), s. 1239-12

